



Roj: **STS 4147/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4147**

Id Cendoj: **28079110012024101046**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2024**

Nº de Recurso: **6725/2022**

Nº de Resolución: **981/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Almería, Sección 1ª, 18-05-2022 (rec. 1088/2021),  
STS 4147/2024**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 981/2024**

Fecha de sentencia: 10/07/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6725/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ALMERÍA, SECCIÓN 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6725/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 981/2024**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 10 de julio de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Rita , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Navarro Cintas, bajo la dirección letrada de D. José Luis Martínez Martínez, contra la sentencia n.º 716/2022, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, en el recurso de apelación n.º 1088/2021, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 82/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Huércal Overa. Ha sido parte recurrida D. Moises , representado por el procurador D. José Miguel Gómez Fuentes y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Esther Navarrete Morales.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Luz Rojas Mena, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Rita , interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Moises , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que declare la disolución del matrimonio por divorcio de los mencionados cónyuges, acordando además los siguientes efectos:

"a) Se decrete el divorcio entre los cónyuges.

"b) Se acuerde la revocación de cualquier poder que los cónyuges hayan podido otorgarse.

"c) Se atribuya la guarda y **custodia** de los hijos menores a la madre, ya que ella ha sido la que desde el nacimiento de los mismos se ha venido ocupando de proporcionarles todos los cuidados necesarios, tanto afectivos como educativos, sin olvidar que es la madre la que de hecho está ejerciendo en la actualidad la guarda y **custodia** de los hijos en común. Este criterio se mantiene de forma generalizada por la denominada jurisprudencia menor ( Sentencias de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8-1 1- 99, y de la Sección 14a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23-12-89, entre otras).

"Es claro que la guarda y **custodia** de los hijos no es un derecho subjetivo de los progenitores, sin perjuicio de que debe ser el bienestar y beneficio de la menor el que determine la atribución de la misma a favor de la madre, mi representada, considerando esta medida la lógica y necesaria, conveniencia y beneficio que la jurisprudencia ha venido estableciendo reiteradamente y que en todo caso debe prevalecer sobre cualquier otra postura.

"d) La patria potestad permanecerá **compartida** entre los padres.

"e) Régimen de visitas: Se establezca a favor del padre el siguiente régimen de visitas:

"-Fines de semana alternos: El padre podrá tener a sus hijos en fines de semana alternos desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo debiendo realizarse las entregas y recogidas de la menor en el domicilio que señale la madre.

"-Vacaciones de Verano: cada uno disfrutará de un mes, julio o agosto, correspondiendo la elección a la madre en los años pares y al padre en los impares.

"-Vacaciones de Semana Santa: Permanecerán los menores íntegramente con el padre o la madre, correspondiendo los años pares a la madre y los impares al padre.

"-Vacaciones de Navidad: se repartirán por mitad. Se entiende asimismo que la mitad de las vacaciones escolares de Navidad se extiende a 7 días, debiendo procurar los padres repartir las fechas más señaladas. En caso de desacuerdo las vacaciones se dividirán en dos periodos, uno del día 24 al 30 de diciembre, ambos inclusive y otro del 31 de diciembre al 6 de enero, también ambos inclusive, correspondiendo a la madre elegir periodo en los años pares y al padre en los impares.

"-Durante los periodos vacacionales, las visitas de fin de semana quedarán suspendidas.

"-Todas las entregas y recogidas de los menores se realizarán en el domicilio que señale la madre.

"-Comunicaciones: En todo momento la madre permitirá y facilitará la comunicación epistolar, telegráfica y telefónica del padre con sus hijos, siempre que esta última no se produzca, sin causa justificada, fuera de las horas normales para ello.

"f) Uso y disfrute del domicilio familiar. Se establece como domicilio familiar el mismo en el que los menores vienen conviviendo junto a la madre, y que pertenece de manera ganancial a los dos progenitores, sito en la DIRECCION000 , de DIRECCION001 (Almería).



"g) Se establezca una cantidad en concepto de alimentos a favor de los hijos menores de DOS MIL € MENSUALES. Esta cuantía deberá ser actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle en el futuro, y deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que designe la madre en los cinco primeros días de cada mes.

"El padre contribuirá asimismo al 50% en todos aquellos gastos extraordinarios que se generen por los hijos del matrimonio, hasta que éstos alcancen independencia económica. Entendiéndose como tales: gastos escolares (material, libros), clases particulares de idiomas e informática, clases particulares de refuerzo de las distintas asignaturas, actividades extraescolares, deportivas, musicales, excursiones, campamentos y cursos de verano, gastos de cumpleaños y otras celebraciones, así como los gastos médicos y farmacéuticos siempre que no estén cubiertos por la Seguridad Social, tales como tratamientos odontológicos y bucodentales, incluida la ortodoncia, logopeda, psicológico, prótesis, fisioterapia y rehabilitación, tratamientos oftalmológicos y óptica. Para la realización de los gastos extraordinarios será preciso el consenso y consentimiento de ambos progenitores, entendiéndose prestado el consentimiento y conformidad, si requerido un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir, que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transferir el plazo de siete días naturales sin hacer manifestación alguna. En caso de discrepancias, los gastos extraordinarios deberán ser autorizados por el Juzgado, conforme al artículo 156 del Código Civil, salvo razones objetivos de urgencia.

"h) Se establezca una cantidad en concepto de pensión compensatoria a favor de la esposa Da Rita , de MIL EUROS (1.000 €) MENSUALES. Esta cuantía deberá ser actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle en el futuro, y deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la Sra. Rita en los cinco primeros días de cada mes. La pensión compensatoria será abonada por 12 mensualidades al año, quedando la misma extinguida en el momento que la beneficiaria acceda a un trabajo remunerado igual o superior a su importe, o en su defecto, por el transcurso del plazo de 8 años desde su establecimiento.

"i) Las demás que en derecho fueren pertinentes".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Huércal Overa y se registró con el n.º 82/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José Miguel Gómez Fuentes, en representación de D. Moises , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] se sirva en su día dictar sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1º. La disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Moises y D.a Rita .

"2º. Revocación de los consentimientos y poderes que mutuamente se hayan otorgado los cónyuges.

"3º.- Que la patria potestad sea **compartida** por ambos progenitores. Debiendo ambos progenitores consultarse y adoptar consensuadamente, de común acuerdo y en exclusivo beneficio de los menores, cuantas decisiones afecten de forma importante a los mismos (educación, decisiones médicas, etc.), y en particular, quedarán sometidas a este régimen, y no podrán ser adoptadas unilateralmente por uno sólo de los progenitores, las decisiones relativas:

"- La fijación del lugar de residencia de los menores y los posteriores traslados de domicilio de éstos.

"- Las referidas a elección del centro escolar o institución de enseñanza y sus cambios ulteriores.

"- El sometimiento de los menores a tratamientos médicos preventivos, curativos o quirúrgicos, salvo en los casos de urgente necesidad.

"- La aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas y las actividades extraescolares de carácter deportivo, formativo o lúdico que realicen los menores.

"Las decisiones relativas a aspectos y materias de la vida ordinaria de las menores distintas de las enunciadas corresponderán al progenitor que tenga consigo a los menores, en cumplimiento del régimen de guarda y **custodia** establecido, en el momento en que las cuestiones se susciten.

"Para el supuesto de que los cónyuges no pudieran ponerse en contacto para la toma de una decisión de carácter urgente que exceda del ejercicio ordinario del progenitor en cuya compañía se encuentren los menores, dicha decisión será adoptada sin previo consentimiento y en beneficio de los mismos, debiendo ser comunicada al otro progenitor a la mayor brevedad posible.

"4º.- Que la GUARDA Y **CUSTODIA** DE LOS DOS HIJOS MENORES SEA **COMPARTIDA** POR AMBOS PROGENITORES, atendiendo siempre al interés prioritario de los menores, y a su derecho a que continúe y se



mantenga su relación con ambos progenitores de forma efectiva y válida, quedando concretado el periodo de convivencia con cada uno de los progenitores para su ejercicio de la forma siguiente, conforme a la disponibilidad de los progenitores:

"1. Teniendo en cuenta la profesión del demandado Sr. Moises de piloto de aeronaves, adscrito al Servicio Andaluz de Extinción de Incendios, y las especialidades del calendario, horarios y jornada laboral de dicho trabajo, que es totalmente diferente según las distintas épocas del año, según se encuentren o no en "campaña", y el acuerdo que D. Moises tiene con su empresa en el que le garantizan 180 días de trabajo efectivo al año, y por lo tanto, salvo imprevistos y emergencias, otros 180 días libres, se propone el siguiente régimen de permanencia y estancia de los menores con sus progenitores, en función de la campaña o periodo del año:

"A) Durante los periodos en que el padre no esté de "turnos" por no estar en periodo de "campaña":

"Periodos semanales de lunes a lunes en el domicilio de cada progenitor. Debiendo el progenitor al que corresponda tener a los menores en su compañía durante la semana, recogerlos a la salida del colegio el lunes, y llevarlos a la entrada al colegio el lunes de la semana siguiente, de donde el progenitor al que le corresponda iniciar su periodo semanal de compañía con los menores, los recogerá a la salida.

"Dos tardes de visitas por semana, los martes y jueves, desde las 17:00 horas hasta las 21:00 horas, para el progenitor que no disfrute de los menores ese periodo. La recogida y entrega de los menores se realizará en el domicilio en el que los menores se encuentren en ese momento.

"B) Durante los periodos en que el padre esté de "turnos" por encontrarse en periodo de "campaña":

"En principio las permanencias y estancias de los menores con su padre durante los periodos semanales de lunes a lunes, y las dos tardes de visitas de los martes y jueves se realizarán en la misma forma que en aquellos periodos en que el padre no esté de "turnos" y "campaña", siempre y cuando sea posible, y cuando no lo sea las visitas en este periodo variarán en la forma que seguidamente se expone, en función del trabajo del padre en el Servicio de Extinción de Incendios que durante este periodo intensifica sus jornadas laborales.

"Teniendo en cuenta que el padre durante el periodo de campaña dispone de entre ocho y diez días de descanso seguidos al mes, los periodos de permanencias y compañía de los menores con su padre, que no hayan podido ser disfrutados por razón de las obligaciones laborales del padre, se acumularán para ser disfrutados durante los periodos de descanso del progenitor, en que el padre recogerá a los menores el primer día de descanso a las 17:00 horas, y los entregará a la madre el último día de descanso a las 21 horas. La recogida y entrega de los menores se realizará en el domicilio materno.

"Cuando por motivos laborales al padre le resulte imposible cumplir con el régimen de permanencias y estancias de los menores en su compañía establecido, tanto cuando el padre esté en el periodo de turnos o campaña, como en el periodo en que no esté en turnos o campaña, o cuando durante los periodos en que le corresponda tener a los menores en su compañía tenga que ausentarse por motivos laborales, los menores serán entregados a su madre, en cuya compañía quedarán.

"2. Mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano:

"- En las vacaciones de Navidad, el padre tendrá en su compañía a los menores, los años pares, desde las 17:00 horas del día 22 de diciembre hasta las 22:00 horas del día 30 de diciembre; y los años impares desde las 22:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 22:00 horas del último día de las vacaciones; correspondiéndole a la madre la otra mitad de las vacaciones navideñas. El día de Reyes el progenitor al que no corresponda tener en su compañía a los menores en virtud de lo anterior, podrá visitarlos y estar con ellos desde las 17:00 horas hasta las 19:30 horas. La recogida y entrega de los menores se realizará en el domicilio materno. Se tomará como referencia la fecha de inicio de las vacaciones de Navidad para considerar los años pares e impares.

"- En las vacaciones de Semana Santa, los menores permanecerán en compañía de su padre, los años pares, desde las 17:00 horas del Viernes de Dolores, hasta las 22:00 horas del Miércoles Santo; y los años impares desde las 22:00 horas del Miércoles Santo hasta las 22:00 horas del Domingo de Resurrección; correspondiéndole a la madre la otra mitad de las vacaciones de Semana Santa. La recogida y entrega de los menores se realizará en el domicilio materno.

"- Durante las vacaciones de verano, que comprenderán los meses de julio y agosto, el padre tendrá en su compañía a los menores, durante los periodos de sus descansos laborales durante dichos meses, cuya duración suele oscilar entre 8 y 10 días seguidos cada mes. El resto de los días de los meses de julio y agosto los menores disfrutarán de las vacaciones de verano en compañía de su madre. Debiendo el padre poner en conocimiento de la madre y comunicar a la misma los días de descanso de que dispondrá durante los meses de julio y agosto, tan pronto tenga conocimiento de los mismos. En caso de que por razones de emergencia en su trabajo, el padre no pudiera disfrutar de los días de descanso durante los meses de julio y agosto, o debiera



reincorporarse a su trabajo, una vez iniciados los periodos de descanso, lo comunicará inmediatamente a la madre, para que esta se haga cargo de los mismos; pudiendo en tal caso el padre disfrutar de la compañía de sus hijos, durante los días de descanso que le correspondan en sustitución de aquellos de los que no haya podido disfrutar por razones de emergencias en su trabajo. La recogida y entrega de los menores se realizará en el domicilio materno.

"Para evitar discrepancias por los turnos semanales tras los periodos vacacionales, los menores estarán la semana siguiente a las vacaciones con el progenitor con el que no estuvieron el último periodo vacacional, de tal manera que no pasen dos semanas seguidas sin estar en la compañía de alguno de los padres.

"3. En las fechas en las que los menores cumplan años y en los días de sus onomásticas, el progenitor que durante dichos días no tenga a los menores en su compañía, tendrá el derecho de visitarlos y tenerlos en su compañía desde las 17:00 horas hasta las 19:30 horas, o asistiendo a la celebración. Así mismo, los progenitores tendrán derecho a tener en su compañía a los menores los días del padre y de la madre, y los días de los cumpleaños y onomásticas de los progenitores; si dichos días fuesen días lectivos en el calendario escolar, el progenitor que no tenga en su compañía a los menores en ese momento, los recogerá a las 17:00 horas y los reintegrará al domicilio del otro progenitor a las 21 :00 horas, y si fuesen días no lectivos, los tendrá en su compañía desde las 10:00 horas hasta las 21 horas.

"4. En los casos de celebraciones de eventos familiares, tales como bautizos, comuniones, bodas, etc; el progenitor al que el día coincidente con el de dichas celebraciones no le corresponda tener a los menores en su compañía, tendrá derecho a que los menores asistan a dichos eventos y celebraciones, siempre y cuando lo avise, con una antelación mínima de quince días, al progenitor al que le corresponda tener a los menores en su compañía ese día. En caso de coincidencia en el mismo día de celebraciones y eventos de las familias de ambos progenitores, tendrá preferencia el progenitor al que dicho día le corresponda tener a los menores en su compañía.

"5. Cada progenitor pondrá en conocimiento del otro el lugar y dirección completa donde van a residir con los menores tanto durante los periodos laborales y escolares como durante los periodos vacacionales.

"6. Comunicaciones con los Menores: Los progenitores facilitarán la comunicación telefónica, epistolar o telemática con los hijos menores. Durante los periodos en que los menores permanezcan en compañía de uno de sus progenitores, el progenitor que no tenga en su compañía a los menores, podrá comunicarse diariamente con los mismos telefónica y telemáticamente, siempre en horario que no perturbe las horas de descanso y estudio de los menores, a tal fin los padres facilitarán un número de teléfono de contacto, donde el progenitor que no tenga en su compañía a los menores pueda comunicarse con los menores libre y diariamente si así lo desea dentro de la franja horaria establecida.

"7. El progenitor que tenga en su compañía a los menores tendrá la obligación de informar inmediatamente al otro progenitor de cualquier incidencia de relevancia que les pueda ocurrir a los menores mientras permanecen en su compañía, permitiendo en tal caso al otro progenitor que visite a los menores.

"En los casos de enfermedad o accidente grave o de cierta consideración padecida por los menores, el progenitor a cuyo cuidado estuvieren, se lo comunicará al otro a la mayor brevedad posible, facilitando y disponiendo lo necesario en este supuesto para que pueda visitarlos mientras dure la enfermedad, y pueda acudir al lugar donde se encuentren los menores.

"Para el caso de que los menores no pudieran desplazarse del domicilio del progenitor en que se encuentren por motivos médicos, debidamente justificados y certificados por un médico, y avisado el otro progenitor con suficiente antelación, el progenitor al que le correspondiese tener a los menores en su compañía, podrá recuperar los periodos de visitas y permanencias con sus hijos, de los que no haya podido disfrutar por razón de las enfermedades de éstos, en la semana inmediatamente siguiente, aunque ello suponga alteración de los turnos semanales de permanencia de los menores con sus padres.

"El expuesto régimen de visitas, comunicaciones y permanencias de los menores se llevará con la mayor cordura y flexibilidad por parte de los progenitores, teniendo siempre presente el interés y conveniencia de los menores, pudiendo producirse variaciones en el régimen de visitas cuando los menores lo soliciten y debiendo ser interpretado, con arreglo a criterios de buena fe.

"8. Cada progenitor asumirá los gastos de manutención de los menores durante su periodo de permanencia con el progenitor que corresponda.

"9. A los gastos extraordinarios de los hijos menores contribuirán ambos progenitores al 50% dejando establecido expresamente que se consideran gastos extraordinarios: matrícula, seguro escolar, cuota del ampa, recibos emitidos por el centro escolar, excursiones escolares, viajes de estudios, campamentos de



verano, clases de refuerzo recomendadas por el centro escolar, clases particulares ya sean deportivas, culturales, formativas o de otra naturaleza, actividades extraescolares, deportivas, idiomas, música, informática, cursos de verano, gastos médicos y farmacéuticos habituales por enfermedades comunes, siempre que no estén cubiertos por la Seguridad Social, otros gastos médicos tales como sillas de ruedas, elementos ortopédicos, vacunas, operaciones quirúrgicas en centros privados siempre que no estén cubiertas por la Seguridad Social, tratamientos odontológicos y bucodentales incluida la ortodoncia, psicólogo, prótesis, fisioterapia, rehabilitación, óptica, gastos de facturación no básicos y medicamento prescritos. También tendrán la consideración de gastos a sufragar por mitad por ambos progenitores los gastos derivados de la celebración de la Primera Comuni3n, la obtenci3n del carnet de conducir, tasas y clases precisas para ello.

"Para la realizaci3n de los gastos extraordinarios ser3 preciso el consenso y consentimiento de ambos progenitores, entendiéndose prestado el consentimiento y conformidad, si requerido un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir, que conste sin lugar a dudas la recepci3n del requerimiento, se dejare transcurrir el plazo de siete d3as naturales sin hacer manifestaci3n alguna. En caso de discrepancias, los gastos extraordinarios deber3n ser autorizados por el Juzgado, conforme al art3culo 156 del C3digo Civil, salvo razones objetivas de urgencia.

"SUBSIDIARIAMENTE, para el supuesto de que por Su Se3or3a, se considerase como m3s id3neo el sistema de guarda y **custodia** monoparental a favor de la madre, y salvo mejor criterio de SS, se solicita la adopci3n de las siguientes medidas definitivas:

"1. Que la patria potestad sea **compartida** por ambos progenitores. Debiendo ambos progenitores consultarse y adoptar consensuadamente, de com3n acuerdo y en exclusivo beneficio de los menores, cuantas decisiones afecten de forma importante a los mismos (educaci3n, decisiones m3dicas, etc.), y en particular, quedar3n sometidas a este r3gimen, y no podr3n ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas:

"- La fijaci3n del lugar de residencia de los menores y los posteriores traslados de domicilio de 3stos.

"- Las referidas a elecci3n del centro escolar o instituci3n de ense3anza y sus cambios ulteriores.

"- El sometimiento de los menores a tratamientos m3dicos preventivos, curativos o quir3rgicos, salvo en los casos de urgente necesidad.

"- La aplicaci3n de terapias psiqui3tricas o psicol3gicas y las actividades extraescolares de car3cter deportivo, formativo o l3dico que realicen los menores.

"Las decisiones relativas a aspectos y materias de la vida ordinaria de los menores distintas de las enunciadas corresponder3n al progenitor, custodio o no custodio, que tenga consigo a los menores, en cumplimiento del r3gimen de guarda y **custodia** establecido, en el momento en que las cuestiones se susciten.

"Para el supuesto de que los c3nyuges no pudieran ponerse en contacto para la toma de una decisi3n de car3cter urgente que exceda del ejercicio ordinario del progenitor en cuya compa3a se encuentren los menores, dicha decisi3n ser3 adoptada sin previo consentimiento y en beneficio de los mismos, debiendo ser comunicada al otro progenitor a la mayor brevedad posible.

"2. Que los hijos Montserrat y Enrique , queden bajo la guarda y **custodia** de la madre Da. Rita .

"3. Se establezca a favor del padre y en inter3s de los menores, el siguiente r3gimen de visitas, teniendo en cuenta la especialidad de horarios por temporadas de trabajo del padre, en el Servicio de Extinci3n de Incendios, en funci3n de la campaa o periodo del a3o:

"A) Durante los periodos en que el padre no est3 de "turnos" por no estar en periodo de "campaa".

"a) Los hijos menores de edad del matrimonio, permanecer3n en compa3a del padre los fines de semana alternos, desde las 17:00 horas del viernes hasta las 21:00 horas del domingo. La recogida y entrega de los menores se realizar3 en el domicilio materno.

"En aquellos fines de semana que por raz3n de la alternancia le corresponda al padre tener en su compa3a a los hijos menores, y adem3s sea d3a festivo el d3a anterior o posterior al fin de semana, es decir, sea festivo el lunes o el viernes, o los menores disfruten de un puente escolar, aunque el festivo no sea ni el lunes ni el viernes, el padre anticipar3 la recogida de los menores a las 17:00 horas del 3ltimo d3a de clase, y pospondr3 la devoluci3n de los menores a las 21 horas del d3a previo a la reanudaci3n de las clases.

"b) As3 mismo, el padre tendr3 en su compa3a a los menores las tardes de los martes y jueves desde las 17:00 hasta las 21 horas. La recogida y entrega de los menores se realizar3 en el domicilio materno.



"c) Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa (siempre que el padre no esté de "turnos" - "campaña"), los hijos permanecerán con el padre la mitad de dichas vacaciones y la otra mitad con la madre, de forma alternativa. Estas vacaciones tendrán su inicio, para el caso de discrepancia entre los progenitores, los años impares la madre y los años pares el padre. El punto de recogida y entrega de las menores será el mismo que el establecido para las visitas de fines de semana.

"A estos efectos se considerará que la primera mitad de las vacaciones de Navidad comienza a las 17:00 horas del día 22 de Diciembre y finaliza el día 30 de diciembre a las 22:00 horas y la segunda mitad, de las 22:00 horas del 30 de Diciembre al 6 de enero a las 22:00 horas. Al progenitor que no le corresponda tener a los menores en su compañía durante el día de Reyes, podrá visitarlos y tenerlos en su compañía desde las 11:00 a las 13:30 horas, con el fin de que pueda hacerles entrega de los regalos.

"Para las vacaciones de Semana Santa, la primera mitad comprenderá desde las 17:00 horas del Viernes de Dolores hasta las 22:00 horas del Miércoles Santo y la segunda mitad, desde las 22:00 horas del Miércoles Santo hasta las 22:00 horas del Domingo de Resurrección.

"B) Durante los periodos en que el padre esté de "turnos" por estar en periodo de "campaña".

"En principio las visitas y estancias de los menores con su padre durante los fines de semana alternos, y las tardes de los martes y jueves se realizarán en la misma forma que en aquellos periodos en que el padre no esté de "turnos" y "campaña", siempre y cuando sea posible, y cuando no lo sea las visitas en este periodo variarán en la forma que seguidamente se expone, en función del trabajo del padre en el Servicio de Extinción de Incendios que durante este periodo intensifica sus jornadas laborales.

"Teniendo en cuenta que el padre durante el periodo de campaña dispone de entre 8 y 10 días de descanso seguidos al mes, los periodos de visitas y permanencias de los menores con su padre, que no hayan podido ser disfrutados por razón de las obligaciones laborales del padre, se acumularán para ser disfrutados durante los periodos de descanso del progenitor, en que recogerá a los menores el primer día de descanso a las 17:00 horas, y los entregará a la madre el último día de descanso a las 21 horas; correspondiéndole al padre también tener en su compañía a sus hijos, los fines de semana que integran las semanas de descanso; encargándose el padre durante estos días de llevar y recoger a los menores del colegio, y de las actividades extraescolares, si las tuvieren. La recogida y entrega de los menores se realizará en el domicilio materno.

"Cuando por motivos laborales al padre le resulte imposible cumplir con el régimen de visitas establecido, tanto cuando el padre esté en el periodo de turnos o campaña, como en el periodo en que no esté en turnos o campaña, o cuando durante el cumplimiento del régimen de visitas tenga que ausentarse por motivos laborales, los menores serán reintegrados a su madre, en cuya compañía quedarán.

"En cuanto a las vacaciones de verano, comprenderán los meses de Julio y Agosto, y teniendo en cuenta los especiales horarios de trabajo del padre durante estos dos meses, el mismo disfrutará de la compañía de los menores de la siguiente forma:

"- Meses de Julio y Agosto: entre 8 y 10 días seguidos, cada mes, coincidentes con los periodos de descanso del padre durante dichos meses, el resto de los días del mes los menores disfrutarán de las vacaciones con su madre. Las recogidas y entregas de los menores se realizarán en el domicilio materno. Tan pronto como el padre conozca los días de descanso de que dispondrá durante dichos meses deberá comunicarlo a la madre.

"Durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, las visitas de fines de semana e intersemanales, quedarán suspendidas.

"3. En las fechas en las que los menores cumplan años y el día de sus onomásticas, el progenitor al que dichos días no le corresponda tenerlos en su compañía, podrá visitarlos y tenerlos en su compañía, o bien durante dos horas desde las 17:00 a las 19:30 horas, o asistiendo a la celebración. Así mismo, el padre tendrá derecho a tener en su compañía a los menores el día del padre y los días del cumpleaños y onomástica del progenitor, si dichos días fuesen días lectivos en el calendario escolar, el padre los recogerá a las 17:00 horas y los reintegrará al domicilio materno a las 21 :00 horas, y si fuesen días no lectivos los tendrá en su compañía desde las 10:00 horas hasta las 21 horas.

"En los casos de celebraciones de eventos familiares, tales como bautizos, comuniones, bodas, etc; el progenitor al que el día coincidente con el de dichas celebraciones no le corresponda tener a las menores en su compañía, tendrá derecho a que los mismos asistan a dichos eventos y celebraciones, siempre y cuando lo avise, con una antelación mínima de quince días, al progenitor al que le corresponda tener a los menores en su compañía ese día. En caso de coincidencia en el mismo día de celebraciones y eventos de las familias de ambos progenitores, tendrá preferencia el progenitor al que dicho día le corresponda tener a los menores en su compañía.



"4. En caso de enfermedad o accidente de los menores, el progenitor en cuya compañía se encuentren deberá comunicarlo inmediatamente al otro progenitor, y permitir las visitas y comunicaciones de los menores con el progenitor que en ese momento no los tenga en su compañía. Al igual que las visitas médicas urgentes que se notificarán en el momento y las previstas en cuanto se tenga la cita médica.

"En el caso de que los menores se encontraran enfermos o accidentados, sin poder salir del domicilio familiar, el progenitor que no tenga en ese momento a los menores conviviendo con él, podrá visitarlos en el domicilio donde se encuentren en días alternos, siempre en horario que no perjudique el debido descanso y recuperación de los menores, y que sea compatible con las obligaciones de ambos padres. Como regla general, los padres deberán ponerse de acuerdo con la antelación necesaria para fijar los horarios de tales visitas.

"5. Comunicaciones con los Menores: Los progenitores facilitarán la comunicación telefónica, epistolar o telemática con los hijos menores. Durante los periodos en que los menores permanezcan en compañía de uno de sus progenitores, el progenitor que no tenga en su compañía a los menores, podrá comunicarse diariamente con los mismos telefónica y telemáticamente, siempre en horario que no perturbe las horas de descanso y estudio de los menores, a tal fin los padres facilitarán un número de teléfono de contacto, donde el progenitor que no tenga en su compañía a los menores pueda comunicarse con los menores libre y diariamente si así lo desea dentro de la franja horaria establecida.

"6. El régimen de visitas, comunicaciones y permanencias de los menores se llevará con la mayor cordura y flexibilidad por parte de los progenitores, teniendo siempre presente el interés de los menores, pudiendo producirse variaciones en el régimen de visitas cuando los menores lo soliciten y debiendo ser interpretado, con arreglo a criterios de buena fe.

"7.- Se fije como contribución, y en concepto de pensión de alimentos para los hijos menores Montserrat y Enrique a cargo de D. Moises, la cantidad de SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS MENSUALES (797,33 €), a razón de 398,665 € mensuales por cada uno de los dos hijos, cantidad que deberá ser abonada por mensualidades anticipadas, a razón de doce meses al año, en los diez primeros días de cada mes, y que será actualizada anualmente conforme a la variación que experimente el I.P.C. que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que en un futuro pueda sustituirle. El importe de la pensión de alimentos de los menores será ingresado en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la madre.

"8. A los gastos extraordinarios de los hijos menores contribuirán ambos progenitores al 50% dejando establecido expresamente que se consideran gastos extraordinarios: excursiones escolares, viajes de estudios, campamentos de verano, clases de refuerzo recomendadas por el centro escolar, clases particulares ya sean deportivas, culturales, formativas o de otra naturaleza, actividades extraescolares, deportivas, idiomas, música, informática, cursos de verano, gastos médicos y farmacéuticos habituales por enfermedades comunes, siempre que no estén cubiertos por la Seguridad Social, otros gastos médicos tales como sillas de ruedas, elementos ortopédicos, vacunas, operaciones quirúrgicas en centros privados siempre que no estén cubiertas por la Seguridad Social, tratamientos odontológicos y bucodentales incluida la ortodoncia, psicólogo, prótesis, fisioterapia, rehabilitación, óptica, gastos de facturación no básicos y medicamente prescritos. También tendrán la consideración de gastos a sufragar por mitad por ambos progenitores los gastos derivados de la celebración de la Primera Comunión, la obtención del carnet de conducir, tasas y clases precisas para ello.

"Para la realización de los gastos extraordinarios será preciso el consenso y consentimiento de ambos progenitores, entendiéndose prestado el consentimiento y conformidad, si requerido un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir, que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir el plazo de siete días naturales sin hacer manifestación alguna. En caso de discrepancias, los gastos extraordinarios deberán ser autorizados por el Juzgado, conforme al artículo 156 del Código Civil, salvo razones objetivas de urgencia.

"5º. Se desestime la solicitud de establecimiento de una pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil a favor de Dª. Rita por importe de 1.000 euros y a cargo de D. Moises.

"6º. Se decrete la Disolución de la Sociedad de Gananciales.

"7º. Se decreta la obligación de los cónyuges de contribuir por mitad al levantamiento de las cargas familiares: pago de préstamos hipotecarios, impuestos, tasas y precios públicos que graven los bienes gananciales y comunes de los cónyuges, y cuantas otras obligaciones de contenido económico tengan contraídas.

"8º.- Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante, dada su temeridad y mala fe al interponer la demanda".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Huércal Overa dictó sentencia de fecha 24 de febrero de 2021, con la siguiente parte dispositiva:





"Que estimando en cuanto a la petición principal la demanda de divorcio formulada por Doña Rita frente a Don Moises debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ambos litigantes el día 30 de junio de 2009, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, estableciendo como medidas de ello derivadas, las que seguidamente se reproducen:

"1.- La patria será ejercida conjuntamente por ambos progenitores. Se otorga la guardia y **custodia** de los menores, hijos comunes de las partes, a la demandante.

"2.- Se establece el siguiente régimen de visitas y estancias de los menores con el progenitor:

"a) El padre dispondrá de la compañía de los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 17:00 horas hasta las 21:00 horas del domingo. Además, el progenitor tendrá consigo a los menores los martes de 17:00 a 21:00 horas; así como uno de cada dos jueves, en la misma horquilla horaria. En todos los casos, con entrega y recogida en el domicilio de la madre.

"En los casos en que el progenitor no pueda atender estas obligaciones por motivo de su horario de trabajo, deberá comunicarlo a la madre por cualquier medio que permita dejar constancia de su envío y recepción y, al menos, con siete días de antelación. En caso de no disponer de la información con ese plazo, la comunicación se realizará en el momento inmediato a su toma de conocimiento. Una vez notificada esta circunstancia, la madre se hará cargo de los menores durante el periodo que hubiera correspondido al progenitor y en el que se haya imposibilitado de atender esta obligación; el progenitor, a su vez, tendrá derecho y obligación de compensar ese periodo en el plazo de un mes desde la finalización de la imposibilidad, siempre que le periodo de imposibilidad haya coincidido con fin de semana; si bien, la determinación de la fecha exacta de dicha compensación será propuesta por la madre en el término de cuarenta y ocho horas desde el fin de la imposibilidad del progenitor y deberá ser aceptado por el padre en otras veinticuatro horas. De no existir acuerdo sobre la compensación, ésta tendrá lugar en el primer fin de semana que corresponda a la madre después de transcurrido un mes desde el fin de la imposibilidad. Las estancias de tarde intersemanal que el padre no pueda disfrutar por razón de su trabajo no se compensarán en ningún caso.

"b) El día de cumpleaños de cada progenitor, si no coincidiera con el tiempo de estancia de los menores con ella o él, tendrán derecho a tenerlos consigo entre las 17:00 y las 21:00 horas. Si bien, en caso de imposibilidad profesional o de otra índole, ese periodo no será compensable en los términos expresados en el punto anterior. En los cumpleaños de los menores, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá comunicar con ellos en los términos ordinarios y se facilitará que reciban su visita en el lugar que los progenitores convengan; en caso de falta de acuerdo al respecto, el progenitor no custodio podrá visitarlos entre las 18:00 y las 19:30, con independencia de si se trata de día lectivo o no y siempre dejando a salvo las actividades académicas de los menores o las voluntarias que hubieran decidido ellos mismos cuando dispusieran de juicio suficiente para ello.

"c) Vacaciones de verano:

"A los efectos de lo aquí dispuesto, se entiende por vacaciones de verano los meses de julio y agosto de cada año. Durante esos periodos, el padre los tendrá consigo a los menores durante periodos de diez días al mes, siempre coincidentes con su descanso laboral. Si su descanso fuera inferior a diez días, el periodo de permanencia de los menores con el padre se acomodará a ello, si bien, no podrán compensarse los días restantes durante el mismo mes, sin perjuicio de acuerdo en contrario entre los progenitores. En todo caso, el padre solo dispondrá de una estancia sin solución de continuidad por cada uno de los dos meses estivales (sic) referidos. La comunicación de las fechas entre las que se extenderá ese periodo en cada mes se comunicará a la madre lo antes posible y, en todo caso, nunca con menos de siete días de antelación, por cualquier medio que permita dejar constancia de su emisión y recepción.

"d) Vacaciones de semana santa:

"Se entenderá por tal periodo el que transcurre desde el llamado Viernes de Dolores hasta el Domingo de Resurrección. Este periodo se entiende dividido en dos fases, la primera de las cuales comienza el viernes de Dolores a las 17:00 horas y concluye el Miércoles Santo a las 12:00 horas; y el segundo, desde esa fecha y hora, hasta el Domingo de Resurrección a las 21:00 horas.

"Cada cónyuge disfrutará de los menores en una de esas fases, correspondiendo al padre la elección en los años impares y a la madre en los pares. La elección se producirá por los medios y con los plazos establecidos en el apartado a).

"e) Vacaciones de Navidad:

"Se entenderá por tal periodo el que transcurre desde el llamado el último día lectivo de diciembre hasta el primero de enero. Este periodo se entiende dividido en dos fases, la primera de las cuales comienza el último



día lectivo a las 17:00 horas y concluye el 31 de diciembre a las 12:00 horas; y el segundo, desde esa fecha y hora, hasta el primer día lectivo a las 21:00 horas. Cada cónyuge disfrutará de los menores en una de esas fases, correspondiendo al padre la elección en los años impares y a la madre en los pares. La elección se producirá por los medios y con los plazos establecidos en el apartado a).

"El régimen de guarda y **custodia** referido no podrá excepcionarse en ningún caso, salvo por acuerdo de las partes, por los motivos laborales expresamente descritos en los puntos anteriores; o por causa de fuerza mayor debidamente justificada y comunicada al progenitor concernido.

"3.- Se atribuye el uso del domicilio familiar, sito en DIRECCION000 , de DIRECCION001 (Almería), a la demandante junto con los hijos.

"4.- El progenitor no custodio abonará a la madre, en concepto de alimentos de los menores, la cantidad de 1.200 euros mensuales, a razón de 600 euros para cada uno de ellos, pagaderos anticipadamente dentro de los siete primeros días del mes en la cuenta que aquélla designe. La cifra se actualizará anualmente conforme al último índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta pensión se deberá desde la interposición de la demanda.

"Además, cada progenitor abonará el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios que se generen a los menores. Tales gastos se decidirán previo acuerdo de los progenitores. Si se tratara de gastos urgentes que no admitan demora, se podrán decidir por uno solo de los progenitores, que deberá informar de su necesidad al otro tan pronto como sea posible por cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción.

"No procede realizar un pronunciamiento al efecto que altere la distribución civil de obligaciones ni se separe del resultado que en su día arroje la liquidación de la sociedad conyugal.

"5.- El demandado abonará a la actora, en concepto de pensión compensatoria, la cifra de 250 euros mensuales, que serán abonados por el demandado a la demandante dentro de los primeros siete días de cada mes, de forma adelantada, en la cuenta corriente que éste designe. Además, esa pensión se actualizará anualmente por referencia a la variación del Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística. El abono de esta pensión, sin embargo, se impone solo por el plazo de seis años, a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, la demandada disponga de contrato laboral de duración indefinida que le reporte un salario mensual neto de 1.000 euros o más.

"Y todo ello, sin hacer expresa imposición de costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Moises .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, que lo tramitó con el número de rollo 1088/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2022, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Que con ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso de apelación deducido contra la Sentencia 19/2021, de 24 de febrero, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Huércal Overa en autos de Divorcio Contencioso 82/2020 del que deriva la presente alzada,

"1.- REVOCAMOS la expresada resolución.

"2.- En su sustitución, ACORDAMOS LA GUARDA Y **CUSTODIA COMPARTIDA** de los hijos menores de los progenitores de la siguiente forma, sin perjuicio de cualquier otra forma que consensuen las partes o se modifique judicialmente en lo sucesivo:

"guarda semanal con cada progenitor de viernes a viernes a la recogida del colegio, que se ejercerá en los respectivos domicilios.

"Sin régimen ordinario de visitas semanales, que se ejercerán por el progenitor que ejerza la guarda en cada momento.

"Cada progenitor tendrá derecho a comunicarse en todo momento por cualquier medio con el menor, debiendo el progenitor que ejerza la guarda en cada momento facilitar dicha comunicación.

"Caso de que el padre trabaje intensivamente durante los períodos de campaña, tendrá a los hijos en su compañía durante fines de semana o períodos de descanso.

"3.- Quedan suprimidos los puntos 1 y 2 del fallo de la sentencia.



"4.- El punto 4, donde dice "la cantidad de 1.200 euros mensuales, a razón de 600 euros para cada uno de ellos", deberá decir, la cantidad de 400 euros mensuales, a razón de 200 euros para cada uno de ellos", manteniéndose todo lo demás.

"5.- Se mantienen los puntos 3 y 5 de la resolución de primera instancia y el resto de pronunciamientos.

"6.- Sin imposición de costas en primera instancia".

### **TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Cristina Jiménez Garrido, en representación de D.<sup>a</sup> Rita , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida**, con infracción de lo dispuesto en el artículo 92, 94 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución y artículos 2 y 11.2 de la Ley Jurídica de Protección del menor.

"SEGUNDO.- Oposición de la sentencia a la doctrina jurisprudencial que se recoge en el Art. 477 de la LEC".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de febrero de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Rita contra la sentencia dictada con fecha de 18 de mayo de 2022 por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 1088/2021, dimanante del juicio de divorcio n.º 8/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 3 de Huércal Overa.

"2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurridos los cuales dese traslado al Ministerio Fiscal.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. El Ministerio Fiscal también evacuó el traslado que le fue conferido mediante la presentación de escrito.

4.- Por providencia de 31 de mayo de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de julio del presente, fecha en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO**.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos resolutorios del recurso interpuesto partimos de los antecedentes siguientes:

1.º- Es objeto del presente procedimiento la demanda de divorcio que es interpuesta por D.<sup>a</sup> Rita contra D. Moises . Los litigantes cuentan con dos hijos, una niña, nacida el NUM000 de 2010, y un niño, nacido el NUM001 de 2014.

Las partes discreparon con respecto a las medidas definitivas derivadas del pronunciamiento de divorcio relativas a guarda y **custodia** de sus hijos, alimentos y pensión compensatoria.

2.º- Seguido el procedimiento, por todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Huércal Overa (Almería) de 24 de febrero de 2021, en la que, atendiendo a las conflictivas relaciones existentes entre los progenitores, así como la falta de disponibilidad del padre para asumir un régimen de **custodia compartida**, por su condición de piloto de helicóptero que trabaja en la extinción de incendios forestales, lo que exige una dedicación horaria prácticamente absoluta durante los meses de mayo a octubre de cada año, optó por atribuir a la madre la guarda y **custodia** de los menores, sin perjuicio de la fijación de un amplio régimen de comunicación entre padre e hijos. Se fijó además una pensión de alimentos a cargo del padre de 1200 euros mensuales (600 para cada hijo) y una pensión compensatoria de 250 euros a favor de la demandante durante seis años.

Contra dicha resolución se interpuso por el padre recurso de apelación.

**3.º-** Tras la sentencia de divorcio dictada por el juzgado, el 4 de abril de 2021 la demandante interpone denuncia ante la Guardia Civil de DIRECCION001 por unos supuestos malos tratos del padre contra su hijo Enrique .

A consecuencia de dicha denuncia, el Juzgado de Instrucción número 1 de Huércal-Overa incoó diligencias previas 248/2021, y, por medio de auto de 9 de abril de 2021, decretó la libertad provisional del demandado, sin adoptar medidas cautelares con respecto a los menores.

Solicitada por la madre la suspensión del régimen de visitas, el Ministerio Fiscal, por medio de escrito de 1 de junio de 2021, evacuando el traslado conferido a los efectos de lo dispuesto en el art. 544 quinquies LECrim, consideró que no procedía acordar dicha suspensión a la vista del estado en el que se encontraba la investigación de los hechos, la circunstancia de hallarse pendiente la realización un informe por parte del Instituto de Medicina Legal sobre los menores, no concurrir hechos nuevos que determinasen una medida tan restrictiva, y dado, además, que se había procedido a oficiar al Equipo de Tratamiento Familiar Norte para realizar un seguimiento de los niños.

El referido juzgado dictó auto de 21 de julio de 2021 en el que, de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal, decidió no suspender el régimen de visitas.

**4.º-** Contra dicho auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación. El Ministerio Fiscal solicitó su desestimación, en atención a las circunstancias concurrentes en este momento, sin perjuicio de las medidas que pudieran acordarse de acuerdo con el desarrollo del proceso. El recurso de reforma fue desestimado por auto de 22 de octubre de 2021, dictado por dicho juzgado.

**5.º-** Se llevó a efecto informe de 19 de octubre de 2021, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Almería, a fin de realizar la valoración psicológica de los menores y determinar la realidad sobre los presuntos episodios de malos tratos sufridos, la credibilidad de los testimonios de los niños, así como, en su caso, la necesidad de realizar prueba preconstituida, la conveniencia de que acudan a juicio oral como testigos o si ello resultaría contraproducente para la preservación de su salud psíquica. El precitado informe se realizó mediante entrevistas con ambos progenitores, así como con los menores, observación conductual de éstos, y la práctica de test psicológicos con respecto a la hija de los litigantes, que fueron descartados con respecto al niño en atención a su edad.

En dicho dictamen se concluyó que no se observan suficientes tipologías e indicadores de riesgo y desprotección compatibles con el maltrato continuado a los menores. Los niños describen una relación conflictiva entre sus padres tanto en el periodo de convivencia como durante la separación. Además, expresan diferencias en su estilo educativo; para los menores su padre es más estricto y normativo y su madre más permisiva y dialogante. Reconocen que comparten momentos buenos de ocio con el padre, pero también enumeran varios comportamientos aversivos por parte de éste como que "se enfada y chilla mucho", "que le pega en el culo a Enrique ", "que no le deja hablar con su madre". Todo esto les hace sentir mal. Montserrat refiere que se siente agobiada cuando está con el demandado. Enrique manifiesta que, durante el último día que vio a su padre, sintió miedo, y que no quiere verlo hasta que vea a un psicólogo y deje de pegarle.

En la actualidad, se informa que los menores no presentan sintomatología clínicamente significativa, seguramente debido a que llevan varios meses sin ver al progenitor y han dejado de sentir presión, y además se añade:

"Con respecto al menor Enrique :

"1. No se han podido pasar pruebas psicométricas, ya que el menor no tiene la edad mínima para poder comprender dichas pruebas.

"2. Durante la evaluación, el menor no manifiesta problemas emocionales.

"3. El menor manifiesta distanciamiento afectivo hacia el padre, existiendo deterioro en la vinculación con la figura paterna. Durante la evaluación, el menor describe situaciones de conflictividad con su padre (enfados, chillidos, le ha pegado en el culo, se ha echado encima) donde se pone de manifiesto que el denunciado muestra falta de habilidad educativa con el menor. También describe conflictividad en la relación entre sus padres, provocando sentimientos negativos en el menor.

"Con respecto a la menor Montserrat :

"1. En el momento de la evaluación, no presenta sintomatología ansiosa-depresiva clínicamente significativa. Presenta problema de autoestima.



"2. En el momento de la evaluación, se constata insatisfacción en el Ambiente Familiar (es conocedor Discrepancias educativas entre los padres, "sic"). Educación restrictiva con estilo aversivo del padre, se caracteriza por un uso excesivo de normas y recomendaciones, con actitud de rechazo, dureza y abandono, provocando en la menor un sentimiento de no ser querida, de verse rechazada, abandonada. Educación asistencial y personalizada de la madre, la menor percibe a la madre como una persona afectiva, preocupada por ella. El estilo educativo es de ayudar al menor a desarrollar su autonomía y libertad y en proporcionarle una normativa adecuada. Discrepancias Educativas, indica el grado de diferencia existente entre el estilo del padre y de la madre.

"3. La menor manifiesta distanciamiento afectivo hacia el padre, existiendo deterioro en la vinculación con la figura paterna. Durante la evaluación, la menor describe situaciones de conflictividad con su padre (enfados, chillidos), donde se pone de manifiesto que el denunciado muestra falta de habilidad educativa con la menor. También describe conflictividad en la relación entre sus padres, provocando sentimientos negativos en la menor".

En definitiva, el dictamen concluye con respecto a las cuestiones que se le requieren:

"1. Se concluye que no existen suficientes indicadores físicos, emocionales y conductuales para objetivar el maltrato psicológico y físico continuado por parte del denunciado a los menores.

"2. Recomendamos seguimiento por los Servicios Sociales Comunitarios y asesoramiento familiar para mejorar comunicación entre el progenitor y los menores, así como mejorar los métodos educativos del progenitor y mejorar la comunicación entre los progenitores.

"3. Por último, en caso de que se determine por parte del Juzgado la necesidad de que los menores acudan al Juzgado a declarar, sería conveniente que se realice la prueba preconstituida a fin de evitar la doble comparecencia".

6.º- Con fecha 20 de diciembre de 2021, por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Almería se dicta sentencia absolutoria del demandado por delito de acoso que le fue imputado por la demandante. Esta sentencia es confirmada por otra de 30 de septiembre de 2022 de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Almería.

7.º- La madre promovió también un procedimiento de jurisdicción voluntaria a los efectos de que se adoptasen medidas de protección de los menores al amparo del art. 158 CC, que concluyó, por auto de 15 de febrero de 2022 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huércal-Overa, en el que se aprobó el régimen de visitas alcanzado por los progenitores, consistente en:

"1º Durante el primer mes desde el dictado de la presente resolución, el padre Moises tendrá derecho de visitas con sus hijos menores los fines de semana alternos en los horarios de 10 a 20 horas los sábados, y de 10 a 20 horas los domingos, sin pernocta. Las entregas y recogidas de los menores se llevarán a cabo a través del Punto de Encuentro Familiar.

"2º Para el caso de existir informe favorable de las visitas desarrolladas durante el primer mes evacuado por el Punto de Encuentro Familiar, se llevará a cabo el siguiente régimen de visitas a partir del 2º mes. El padre Moises tendrá derecho de visitas con sus hijos menores los fines de semana alternos desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas con pernocta. Las entregas y recogidas y primeras visitas de los menores se llevarán a cabo a través del Punto de Encuentro Familiar.

"Para el caso de no existir informe favorable del Punto de Encuentro Familiar, se mantendrá el régimen acordado en el punto 1º de esta parte dispositiva.

"3º Para el caso de existir informe favorable de las visitas desarrolladas durante el segundo mes evacuado por el Punto de Encuentro Familiar, se llevará a cabo el siguiente régimen de visitas a partir del 3º mes. El padre Moises tendrá derecho de visitas con sus hijos menores los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes a la hora de la entrada en el centro escolar, con pernoctas.

"Para el caso de no existir informe favorable del Punto de Encuentro Familiar, se mantendrá el régimen acordado en el punto 2º de esta parte dispositiva.

"La adopción de las precedentes medidas cautelares urgentes de Protección del menor conforme al Art. 158 del Código Civil, implican la suspensión temporal por seis meses de las medidas de guarda y **Custodia** y Régimen de visitas que se modifican, acordadas por la Sentencia nº 19/2021 en los autos de Familia Divorcio Contencioso 82/2020 del Juzgado nº 3 de Huércal Overa, manteniéndose el resto de las medidas, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudieran los progenitores al objeto de corregir posibles disfunciones en las medidas no modificadas, o la adopción de otras medidas adaptadas a la nueva situación creada con las medidas de esta



resolución. Transcurridos seis meses, no existiendo informes desfavorables del Punto de Encuentro Familiar, se restaurará el régimen de la citada Sentencia".

8.º- No obstante, dicho régimen concordado no es cumplido, como así resulta de los informes del Punto de Encuentro de DIRECCION001 , de 29 de abril, 19 y 27 de mayo de 2022, en los que consta que:

El régimen de visitas paternofamiliar se inicia en el PEF el sábado 23 de abril. Los menores, Montserrat de 11 años y Enrique de 7 años, a su llegada se muestran reacios y desafiantes, mostrando un comportamiento inadecuado, así como su negativa a acudir a las instalaciones del centro y encontrarse con su padre. Ante esta situación, el equipo técnico interviene con objeto de que los menores cedan a entrar a las instalaciones, sin éxito. La progenitora manifiesta su conformidad con respetar la decisión de los menores.

Por su parte, Don Moises (progenitor) acude al PEF a la hora acordada para la recogida de sus hijos, siendo informado por el Equipo Técnico sobre la situación anteriormente expuesta.

El domingo 24 de abril, acuden de nuevo ambas partes al Punto de Encuentro Familiar en su horario establecido. Los menores a su llegada se muestran más tranquilos y normalizados, disculpándose por su actitud del día anterior. No obstante, de nuevo, se niegan a entrar a las instalaciones del centro y llevar a cabo el régimen de visitas con su padre. La progenitora manifiesta su conformidad con respetar la decisión de los menores.

El PEF emite informe en el que consta:

"Desde su inicio, ninguna de las estancias fijadas se ha llevado a cabo según lo acordado, ante la decisión de la progenitora de no efectuar la entrega de los menores, alegando la usuaria la negativa de sus hijos a relacionarse con el progenitor. A fecha de emisión del presente informe, ha transcurrido un mes desde el inicio de la intervención en este Servicio, si bien durante este intervalo temporal, las estancias no se están celebrando. Por ello, y teniendo en cuenta lo acordado judicialmente acerca de la evolución del régimen de visitas en el expediente que nos ocupa: Este equipo técnico considera que no se ha dado una evolución favorable para que se pueda progresar a la siguiente fase marcada".

9.º- Mediante autos de uno de septiembre de 2021 y 12 de diciembre de 2022 se despacha ejecución para hacer efectivo el régimen visitas fijado a favor del padre, que resultan infructuosos. Tal circunstancia provoca denuncias penales del demandado contra la demandante por delitos de desobediencia.

10.º- El conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia de divorcio correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Almería, que dictó sentencia 716/2022, de 18 de mayo. La audiencia, con fecha 10 de mayo de 2022, practicó la exploración de los menores que se manifestaron contrarios a la **custodia compartida** y a la comunicación con su padre, alegaron malos tratos por parte de éste. Se admitió en segunda instancia, por parte de la audiencia, prueba documental aportada por las partes en la que constan las dificultades para el cumplimiento del régimen de visitas por parte del demandado, con denuncias contra la madre por delito de desobediencia a la autoridad, así como resoluciones judiciales relativas a que se le sigue causa penal por malos tratos a su hijo.

El tribunal provincial revocó la sentencia pronunciada por el juzgado y acordó un régimen de **custodia compartida**. Partió, para ello, de unas consideraciones previas conforme a las cuales dicha forma de **custodia compartida** constituye una medida normal no excepcional; por tanto, si ambos progenitores cuentan con capacidad para atender a sus dos hijos de manera adecuada, mantienen vías de comunicación para temas relacionados con los mismos, su relación se ha desarrollado con normalidad procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y los domicilios están próximos, la preferencia es por la **custodia compartida**. Y se añade que para la adopción del sistema de **custodia compartida** no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes.

En definitiva, razona el tribunal provincial:

"15.- En el caso de autos, la situación laboral no discutida del marido, explicada por el recurrente en el acto de la vista y recogida por el juzgador a quo es la siguiente: entre los meses de mayo y octubre de cada año, por motivo de la campaña de extinción de incendios, es habitual que deba desplazarse a bases alejadas de su domicilio y permanecer en ellas temporadas de entorno a veinte días, siendo así que durante ocho o diez al mes puede permanecer cerca de los menores; dispone de unos 180 días libres al año, que se concentran en meses determinados. En modo alguno puede considerarse este sistema como impeditivo de la **custodia compartida**, puesto que no consta, ni se ha razonado convenientemente que este tipo de trabajo, con 180 días libres al año, impida el desarrollo de los menores y las actividades del otro progenitor.

"16.- Y en cuanto a las malas relaciones entre las partes, sí que impide la **custodia compartida** la existencia constatada de violencia de género, pero no situaciones de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, que es lo que en realidad se aprecia en los documentos gráficos y sonoros que aportaron ambas partes en sus



escritos de prueba. Son largos minutos de reproches, propios de discusiones relacionadas con el sistema de **custodia**, sobre si procede la entrega del menor a uno progenitor o al otro, con reproches usuales en situaciones donde el conflicto está florido y los ánimos no se han calmado.

"17.- Al respecto, las malas relaciones, incluso cuando tenga su origen en una denuncia penal, como es el caso, quedan en una situación de segundo plano si no consta hayan repercutido en contra del interés del menor ( STS 242/2018, de 24 de abril)".

11.º- Contra dicha sentencia se interpuso por la madre recurso de casación.

12.º- Contra el padre se sigue procedimiento abreviado 52/2022 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Huércal-Overa. En dicho procedimiento, el Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación con fecha 24 de mayo de 2022, por un delito del art. 153.2.3 Código Penal, por el que solicita la pena de 10 meses de prisión, con las accesorias legales y prohibición de aproximarse y comunicarse con el menor, por un periodo de dos años.

Los hechos objeto de la acusación se refieren a un episodio de violencia, ocurrido el día 6 de abril de 2021, y que consistió, según el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, en la agresión física del padre al menor con motivo de una discusión familiar. En el transcurso de esa discusión el padre propino varios azotes en los glúteos al menor, lo arrojó sobre una de las camas del dormitorio y lo cogió fuertemente de los brazos y se abalanzó sobre él, impidiéndole respirar. Recoge el escrito de acusación que el resultado de dicha agresión fue: eritema en ambos glúteos y dos lesiones de aproximadamente 2-3 cm en cara anterior del brazo derecho, que precisaron 5 días para su sanidad.

La acusación particular de la madre, en su escrito de calificación, consideró que el padre había cometido un delito de los arts. 153.2 y 3 y 173.2 CP, e interesó la prohibición de aproximación y comunicación con el menor durante un plazo de 3 años y comunicación y suspensión del régimen de visitas hasta el total cumplimiento de la pena y accesorias.

13.º- El Ministerio Fiscal, al evacuar el traslado del recurso interpuesto, tras la cita de la jurisprudencia aplicable al caso, así como del examen de las circunstancias antes expuestas, a la vista de la posibilidad de excepciones a la regla general de suspensión o privación del derecho de visitas, concluyó que no se oponía al establecimiento de un sistema restringido y supervisado de visitas, que se podría concretar en determinadas horas de un concreto día a la semana y bajo la supervisión en el Punto de Encuentro Familiar, en tanto se resuelve el procedimiento penal. En cualquier caso, se debía estimar el recurso de casación con respecto al régimen de **custodia compartida** que debía dejarse sin efecto.

#### SEGUNDO.- Recurso de casación

Los motivos del recurso de casación fueron:

El primero, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo, que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida**, con infracción de lo dispuesto en los artículos 92, 94 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución y artículos 2 y 11.2 de la Ley Jurídica de Protección del menor. Acto seguido, se hace concreta referencia a las sentencias en qué se funda el interés casacional, relativas al interés superior del menor y la adopción de la medida de **custodia compartida**.

El segundo, "oposición de la sentencia a la doctrina jurisprudencial que se recoge en el Art. 477 de la LEC".

La parte recurrida se opone a la admisibilidad del recurso interpuesto. Es evidente que el motivo segundo carece del más mínimo rigor e incumple manifiestamente los requisitos que exige la formulación de un recurso de casación, por lo que no cabe admitirlo.

No obstante, no sucede lo mismo con respecto al primero de los referidos motivos, lo que permite a este tribunal entrar en la decisión de la cuestión controvertida, cuál es si procede mantener el régimen de **custodia compartida** que fijó la sentencia de la audiencia.

En este caso, constan los preceptos de derecho material o sustantivo que se consideran infringidos, así como se indica la jurisprudencia que se entiende vulnerada. Los preceptos citados no son heterogéneos en tanto en cuanto regulan el régimen de comunicación entre los progenitores e hijos, que, como todas las medidas referentes a los menores, se inspiran en el principio de su interés y beneficio. El recurso explica las razones por las que entiende no procede el régimen de **custodia** establecido, que se reputa contrario al interés de los hijos de los litigantes.

Por otra parte, el demandado recurrido no ha sufrido indefensión alguna. Basta examinar su escrito de oposición al recurso para comprobar que no padeció limitación en su derecho de defensa, pues tuvo perfecta

constancia de los concretos motivos en los que se fundamenta el recurso interpuesto para rebatirlos, como así efectivamente hizo.

En cualquier caso, la valoración del interés superior de los menores, configurado como bien constitucional lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales ( SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), determina que la valoración de los requisitos formales de admisibilidad de los recursos deba atemperarse con la posibilidad de su satisfacción y garantía.

### **TERCERO.- Examen y estimación del recurso de casación interpuesto**

Para examinar el recurso de casación interpuesto, partiremos de las siguientes consideraciones previas, fruto de una consolidada jurisprudencia.

3.1 La guardia **custodia compartida** como modelo generalmente beneficioso para el interés de los menores, pero no de fijación incondicional con abstracción de la cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes.

Abstractamente considerado, el interés y beneficio de los niños se concilia más adecuadamente bajo un régimen de **custodia compartida**, en tanto en cuanto favorece una relación más fluida e intensa de los progenitores con sus hijos, evita los sentimientos de pérdida, permite la participación continua y más intensa en la crianza de los menores con distribución equitativa de la sobrecarga parental, al tiempo que favorece la consolidación de vínculos de apego seguros entre los niños y sus padres y, en definitiva, una mejor adaptación al nuevo *modus vivendi* derivado de la crisis de pareja. La adopción de una medida de tal naturaleza cuenta además con el aval de las ciencias de la conducta humana, como la psicología de familia, que la consideran, en situaciones normales, como la mejor de las opciones en beneficio de los niños.

En este sentido favorable, la Sala se ha pronunciado con reiteración (sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio; 559/2020, de 26 de octubre; 175/2021, de 29 de marzo, y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras), en tanto en cuanto dicho régimen de **custodia**: 1) fomenta la integración del niño con ambos padres, sin desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores ( sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre, 175/2021, 29 de marzo; 870/2021, de 20 de diciembre; 238/2022, de 28 de marzo, y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras).

Ahora bien, lo expuesto no significa que la **custodia compartida** sea el modelo de comunicación entre los progenitores y sus hijos que deba adoptarse incondicionalmente en todos los casos de fijación de medidas relativas a los menores en los procesos judiciales, prescindiendo de las concretas circunstancias concurrentes; pues existen factores negativos que desaconsejan acordar una medida de tal naturaleza, que puede resultar contraproducente para la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de los niños en contra de la finalidad pretendida con su adopción.

En efecto, esta sala se ha manifestado, también, en reiteradas ocasiones, al analizar la esencia de ese concepto jurídico indeterminado en que consiste el interés y beneficio de los menores, que éste no puede ser concebido desde un punto de vista abstracto o general, sino de una manera circunstancial en atención al específico escenario concurrente en cada supuesto en que se vean comprometidos el desarrollo integral y bienestar de los niños y de las niñas.

Así se ha expresado, también, el Tribunal Constitucional cuando enseña que, para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor, "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" ( SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

De la misma manera, nosotros hemos señalado, por ejemplo, en la sentencia 281/2023, de 21 de febrero, que el interés del menor no puede concebirse:

"[...] mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O dicho de otro modo, no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias.

"Como dice la sentencia de esta sala 444/2015, de 14 de julio, cuya doctrina reproduce expresamente la STS 720/2022, de 2 de noviembre:

"El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe





mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso ( STS 13 de febrero 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor<sup>100</sup>.

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma. en su art. 11, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, en lo que ahora nos interesa: "a) La supremacía de su interés superior [...]; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal [...]; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico".

De igual forma, hemos señalado que son criterios determinantes para enjuiciar la procedencia del régimen de **custodia compartida**, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven ( sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero; 311/2020, de 16 de junio; 175/2021, de 29 de marzo y 545/2022, de 7 de julio; entre otras muchas).

### 3.2 Examen de las concretas circunstancias concurrentes.

Pues bien, no podemos compartir el criterio de la audiencia provincial, en tanto en cuanto fija un régimen de **custodia compartida**, que consideramos manifiestamente improcedente en atención a las concretas connotaciones del litigio con respecto al interés y beneficio de los menores. En efecto, en este caso, concurren las circunstancias siguientes, no valoradas en segunda instancia, que determinan la inidoneidad del régimen de comunicación fijado por la sentencia recurrida, cuales son:

(i) Las malas relaciones existentes entre ambos progenitores, que superan el umbral de las desavenencias propias de una crisis matrimonial, con interacciones negativas y evidente falta de entendimiento entre ellos. Constituye manifestación del panorama expuesto, las plurales denuncias que se cruzaron por malos tratos, desobediencia y acoso, que dieron lugar a otros tantos procesos criminales. La crisis de pareja sigue latente y además focalizada en las cuestiones relacionadas con los hijos.

(ii) Esta situación genera un contexto desfavorable para la fijación de un régimen de **custodia compartida**, que exige una intensa colaboración entre los progenitores, una fluida y eficaz comunicación entre ellos para coordinar la atención de sus hijos. Sus modelos educativos son antagónicos, como se señala en el informe del instituto de medicina legal, los cuales, en una convivencia familiar con los niños, podrían en cierto modo compensarse; pero, en una situación de quiebra de la unidad familiar, generan incertidumbre, desazón y rechazo de los menores con relación al modelo paterno.

(iii) La vinculación de los hijos con sus padres es otro factor fundamental para ponderar; y, en este concreto aspecto, hay que tener cuenta que las relaciones son conflictivas entre los niños y su padre. Los menores no quieren, en la actualidad, mantener contactos con su progenitor, se niegan a disfrutar del régimen de visitas, alegan la existencia de malos tratos, y la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales ha resultado infructuosa. La entrevista con los niños, llevada a efecto por la audiencia, permite tomar conciencia de la realidad de este conflicto y de la vigente negativa de los menores a relacionarse con su padre.

(iv) Los hijos se quejan del método educativo de su progenitor de estilo aversivo, caracterizado por un uso excesivo de normas y recomendaciones, con actitud de rechazo, dureza y abandono, que provocan en los menores un sentimiento de falta de cariño y rechazo. Los niños se identifican, por el contrario, con la educación asistencial y personalizada que les dispensa la madre, que se convierte de esta forma en el principal vínculo afectivo y de seguridad de los niños. El rechazo expuesto denota la falta de habilidades del padre en su contacto con sus hijos para servirles de referencia y guía en sus necesidades de apoyo e integración de los valores sociales.

(v) Otro dato trascendente, con evidentes implicaciones jurídicas ( arts. 94 IV y 92.7 del CC), es que contra el demandado se sigue un proceso penal por maltrato al hijo menor, en el que se ha declarado la apertura del juicio oral y existe acusación del Ministerio Fiscal y de la demandante constituida en acusación particular. Sorprende que la sentencia de la audiencia no haga referencia a la entrevista con los menores y a la existencia de la causa penal abierta contra el padre, que obra en la documental aportada en segunda instancia, aun cuando la calificación del ministerio público sea posterior a la sentencia recurrida sin perjuicio de la ponderación por parte de este tribunal al amparo del art. 752 LEC.

(vi) Por último, la falta de disponibilidad horaria del padre, como analiza con acierto el juzgado, conforma otro óbice negativo para la fijación de un régimen de **custodia** como el impugnado, pues su actividad laboral, al



menos en los meses indicados de mayo a octubre de cada año, le impediría la atención personalizada e intensa que requieren sus hijos ante los absorbentes requerimientos de su actividad profesional con importantes periodos de ausencia; mientras que la madre sí puede prestar ese cuidado individualizado, al no estar sometida a vínculos laborales que limiten de tal forma su dedicación a los menores.

(vii) Por todo ello, en virtud del conjunto argumental expuesto, el recurso de casación debe ser estimado, puesto que, en las circunstancias concurrentes, acordar un régimen de **custodia compartida** es generalizar lo abstractamente beneficioso en detrimento de las particularidades concurrentes, que no han sido debidamente analizadas en esa motivación reforzada que requiere la adopción de las medidas referentes a los menores de edad en los procesos judiciales.

En efecto, es jurisprudencia consolidada la que viene declarando que el canon de razonabilidad constitucional impuesto por los arts. 24 y 120 CE, deviene más exigente, en los procesos de familia, toda vez que se encuentran implicados valores de indudable relevancia constitucional, como es el principio del interés superior del menor, que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE, que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos tanto administrativas como judiciales ( SSTC 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio: FJ 6, 138/2014, de 8 de septiembre; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, así como las dictadas por esta Sala de lo Civil 984/2023, de 20 de junio y 129/2024, de 5 de febrero, entre otras muchas).

#### **CUARTO.- Asunción de la instancia**

Una vez estimado el recurso, casada la sentencia de la audiencia y descartada la aplicación del régimen de **custodia compartida**, es preciso determinar si procede ratificar el régimen de visitas establecido por el juzgado. Esta decisión exige valorar una circunstancia trascendente, que no pudo tenerse en cuenta al dictarse la sentencia en primera instancia, cual es proceso penal por maltrato seguido contra el padre con respecto al hijo menor al ser de fecha posterior.

A tal efecto, es necesario partir de que el art. 94, párrafo cuarto, del CC, norma que "no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos".

La STC 106/2022, de 13 de septiembre, descartó la inconstitucionalidad de tal precepto al establecer que, en tales casos, "no obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia, en resolución motivada en el interés superior del menor [...] y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial"; y así en dicha sentencia se razona:

"En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género [...]

"Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos".

Pues bien, en este caso, está pendiente de ser enjuiciada la conducta del padre como autor de un delito de maltrato con respecto a su hijo menor en el que se han apreciado indicios de criminalidad, no sólo por el Ministerio Fiscal que formula acusación, sino también por el juzgado que decretó la apertura del juicio oral, y que se encuentra actualmente pendiente de señalamiento. Las partes acusadoras solicitan la prohibición de aproximación y comunicación con el menor durante un plazo de dos y tres años respectivamente y de comunicación y suspensión del régimen de visitas hasta el total cumplimiento de la pena y accesorias. La celebración del juicio es previsible que no se demore y se hallara próxima, si no se celebró ya, puesto que el auto de apertura del juicio oral fue de 3 de junio de 2022: por otra parte, no se trata de un proceso de especial complejidad.

Ahora bien, lo que sí es obvio es que actualmente existe un manifiesto rechazo tanto de la hija como del hijo de comunicarse con su padre. Las visitas no pudieron llevarse a efecto mediante la intervención del punto de



encuentro familiar, la ejecución forzosa resultó infructuosa, y la entrevista con los niños así lo denota. La madre tampoco colabora para que dichos contactos sean susceptibles de desarrollarse. El informe del Instituto de Medicina Legal recomienda un seguimiento por los servicios sociales comunitarios y asesoramiento familiar para mejorar la comunicación entre el progenitor y los menores, los métodos educativos del padre, así como favorecer la comunicación entre los litigantes.

Estas consideraciones determinan que el amplio régimen de visitas entre padre e hijos, que fijó la sentencia del juzgado, tampoco pueda ser ratificado por esta Sala, en atención al panorama actualmente existente en las relaciones personales posdivorcio, que son las que deben ser valoradas por este tribunal ( art. 752 LEC), y no las preexistentes en el proceso contencioso seguido entre las partes, como hemos indicado, por ejemplo, en la sentencia 281/2023, de 21 de febrero.

Por ello, consideramos que sea el juzgado, una vez que se dicte sentencia en el proceso penal pendiente y, en función de lo acordado en dicha resolución, el que, en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes y recabando los informes técnicos que se consideren oportunos, resuelva, con libertad de criterio, lo procedente sobre el régimen de comunicación de padre e hijos, que mientras tanto queda en suspenso.

Se ratifican el resto de las medidas acordadas por el juzgado, Con respecto a los alimentos se consideran proporcionados a las circunstancias económicas concurrentes, tal y como se razona por el juzgado.

#### **QUINTO.- Sobre las costas procesales**

La estimación del recurso de casación conduce a que no se haga especial pronunciamiento sobre costas ( art. 398 LEC). La estimación en parte de la demanda también lo determina de la misma manera ( art. 394 LEC). La valoración de las circunstancias actualmente concurrentes conlleva a la estimación del recurso de apelación, sin que proceda imponer las relativas al recurso de apelación a ninguna de las partes litigantes ante la necesidad de ponderación del interés superior en las nuevas circunstancias concurrentes y complejidad del proceso.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Rita contra la sentencia 716/2022, de 18 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, sección primera, en el recurso de apelación 1088/2021, sin hacer especial condena en costas.

**2.º-** Casar y anular dicha sentencia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Moises contra la sentencia 19/2021, de 24 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huércal-Overa, y, en consideración de las circunstancias actualmente concurrentes, se deja sin efecto el régimen de comunicación entre padre e hijos fijado en dicha resolución, en tanto en cuanto no se dicte sentencia en el proceso penal pendiente por presunto delito de maltrato al hijo de los litigantes. Una vez, pronunciada dicha resolución, y, en función de ella, el juzgado, en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes, y recabando los informes técnicos que considere oportunos, resolverá, con libertad de criterio, lo procedente sobre el régimen de comunicación entre el padre y sus hijos, que mientras tanto quedará en suspenso. Se ratifican el resto de las medidas definitivas fijadas en la sentencia del juzgado, todo ello sin hacer condena sobre las costas de ambas instancias.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir en apelación por el demandado y se decreta la devolución del constituido para recurrir en casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.