

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.^a XXX, en nombre y representación de D.^a XXX , interpuso demanda de divorcio frente a D. XXX , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se acuerde:

a) La disolución del matrimonio por divorcio de Dña. XXX y D. XXX

b) Se declare que la hija menor de edad quede bajo la guardia y custodia de la madre, por decisión de la menor y al haber sido aceptado por ambos progenitores.

c) La patria potestad será ejercida por el padre y la madre, por lo que expresamente acuerdan que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a la menor, serán consultadas y decididas por ambos progenitores. En este sentido se fijan como de inexcusable consenso las medidas que conciernan a los hijos referentes a la elección de colegio, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjero en el que no vayan acompañados por algún progenitor tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas y, en general, aquellas de mayor relevancia e importancia vital para los menores. En virtud del deber que tienen los progenitores de velar por los hijos menores de edad, cuando se encuentren bajo la guarda de uno (guardia y custodia) o de otro progenitor (régimen de visitas y estancias), deberán informarse mutuamente y de manera inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto de los menores y que tenga carácter relevante y muy especialmente de cualquier enfermedad favoreciendo y facilitando el contacto. Igualmente, ambos progenitores tendrán derecho a estar informados del rendimiento escolar, para lo cual, tendrán pleno derecho a asistir y recibir cuanta información requieran de los centros educativos donde asistan los menores.

d) En cuanto al régimen de visitas, se llevará a efecto de conformidad cuanto sigue:

Durante la semana, la menor estará en compañía de su padre los martes y jueves de 19:00 horas a 20:00 horas, de forma que no se interrumpan sus actividades lectivas.

Durante toda la semana, el padre podrá comunicar con su hija por cualquier medio oral o escrito, sin limitación de tiempo o lugar, a salvo las horas de descanso nocturno, y de actividad profesional de uno, o escotar de los otros.

En cualquier caso, sea cual fuere el progenitor que, en un momento dado, tenga en compañía a la hija común, deberá permitir y facilitar al otro la comunicación con e1los, siempre que no se pretenda establecer de forma caprichosa, injustificada o fuera de horario normal.

Fines de semana: El padre podrá estar con su hija los fines de semana alternos, e incluso, pernoctando con ella, comenzando et periodo desde la salida del colegio los viernes, y concluyendo a las 20:00 horas del domingo.

Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por el Centro Educativo donde el menor curse sus estudios, se considerará este periodo agregado al fin de semana y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana.

Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano: La mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa, según se fija a continuación:

- Navidad: se dividirán en dos períodos, uno que va desde el día siguiente a las vacaciones escolares y que se prolongará hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta el día anterior al comienzo de las clases escolares a las 20,00 horas, alternándose los padres en dichos períodos.

Los años pares la madre tendrá a la menor en su compañía la primera mitad de las vacaciones y los impares la segunda mitad y por su parte el padre lo tendrá los años pares la segunda mitad de las vacaciones de Navidad y en los años impares la primera.

El día 6 de enero, festividad de los Reyes Magos, el progenitor con quien se encuentren la menor, lo tendrá en su compañía hasta las 14:00 horas; a partir de esta hora el otro progenitor lo recogerá y disfrutará de su compañía hasta las 21.00 horas.

- Semana Santa: se dividirán las vacaciones escolares en dos períodos: del viernes anterior al Miércoles Santo (hasta las 20.00 horas) y del Jueves Santos hasta el día anterior al inicio del curso escolar (hasta las 20.00 horas).

Los años pares la madre tendrá en su compañía a la menor la primera mitad de las vacaciones y los impares la segunda. Por su parte el padre en los años pares tendrá a la menor el segundo periodo de las vacaciones escolares de Semana Santa y los años impares el primero.

- Respecto de las vacaciones de verano, se dividirán en los siguientes períodos sucesivos: desde que comienzan las vacaciones escolares el día 20 de junio (aproximadamente) hasta el día 30 de junio, desde dicho día al 15 de julio, desde entonces hasta el 31 de julio, desde el 31 de julio hasta el 15 de agosto, desde entonces hasta el 31 de agosto y desde el 31 de agosto hasta que comience el curso escolar el 10 de septiembre (aproximadamente). La entrega del menor los días 30 de junio, 15 y 31 de julio, 15 y 31 de agosto y 10 de septiembre, se hará como máximo a las 21 horas.

Los años pares la madre disfrutará de la compañía de los menores los periodos comprendidos entre el día de las vacaciones escolares de verano y el día 30 de junio, entre el día 15 de julio al 31 de julio, y del 15 de agosto al 31 de agosto.

Por su parte, el padre los años pares disfrutará de la compañía del menor los periodos comprendidos entre el día 30 de junio al 15 de julio, del 31 de julio al 15 de agosto, del 31 de agosto al día del comienzo del curso escolar.

En los años impares se alternarán los periodos.

El Día de la Madre la menor estará en compañía de la madre y el Día del Padre en compañía del padre.

El día de cumpleaños de la menor, los cónyuges los deben procurar que la menor pase la mitad del tiempo con cada uno de ellos.

Comunicaciones telefónicas. Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con la menor con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio del menor, y para el caso de que en período de vacaciones escolares se marchara de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que el menor efectúe la pertinente llamada telefónica.

e) De la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

El que hasta ahora había sido el domicilio familiar en la AVENIDA000 no NUM000 de DIRECCION001 (Cáceres), así como el ajuar contenido en el mismo se atribuye a Dña. XXX y a su hija, al serle asignada la custodia.

D.XXX , deberá retirar sus ropas y objetos de uso personal.

Reiteramos, que D. Alonso hace ya dos meses que decidió abandonar el domicilio familiar y en la actualidad se encuentra residiendo en DIRECCION001 (Cáceres), CALLE000 no NUM001 .

f) De la contribución a las cargas del matrimonio, alimentos y bases de actualización y garantías en su caso.

Pensión de alimentos: D. XXX procederá a abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija la cantidad de doscientos euros (200,00 €) mensuales, que se ingresarán por meses anticipados los días de 1 a 5 de cada mes en la cuenta que la esposa designe al efecto. Tal cantidad será objeto de revisión cada primero de año en función de las variaciones que experimente el índice de Precios al Consumo (o equivalente) que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

Para hacer frente al pago del resto de los gastos de carácter extraordinario (médicos, educativos, formativos, cumpleaños o cualquiera otro que pueda generar la menor), cada progenitor abonará la mitad de los mismos. Para ser abonados por los cónyuges deberán ser previamente pactados por las partes, constando expresamente y por escrito dicha autorización; y en el supuesto de que no se haya pactado, el no causante no vendrá obligado al pago de la parte correspondiente.

Además, el demandado se debe hacer cargo de todos los pagos concernientes al que hasta ahora ha sido el domicilio conyugal: agua, luz,

telefonía ...; además del préstamo hipotecario, aunque aquí hay que poner de manifiesto que el domicilio conyugal es propiedad de D. XXX , y por tanto él es el que hace frente al préstamo hipotecario.

Pensión compensatoria: Esta parte considera que al amparo de lo establecido en el artículo 97 del Código civil resulta procedente el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de mi mandante al haberse producido un evidente desequilibrio económico en relación con el demandado, que implica un empeoramiento en su situación económica anterior en el matrimonio.

En este sentido, y a los efectos de fijar el importe de la meritada pensión, esta parte considera necesario valorar que Dña. XXX , desde que contrajo matrimonio se ha encargado del cuidado de su esposo e hija, así como de las labores domésticas, sin desempeñar trabajo alguno, dado que así lo decidieron ambos cónyuges, y que el trabajo del Sr. Alonso les permitía vivir holgadamente.

En atención a lo anterior, esta parte considera procedente el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de mi mandante por importe de 400 euros mensuales, actualizable por períodos anuales de conformidad con las fluctuaciones del índice de precios al consumo. A nuestro juicio, y siempre de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del Código Civil la solicitada pensión compensatoria deberá establecerse con carácter periódico y sin limitación temporal alguna -naturalmente sin perjuicio de eventuales cambios futuros en las circunstancias esenciales que ahora concurren-, tomando en cuenta la situación de mi mandante, su falta de ingresos, y los importantes ingresos de su esposo.

h) Una vez sea firme la sentencia de divorcio, se ha de remitir testimonio de la misma al Registro Civil de Cáceres, para que se practique anotación marginal de la sentencia de divorcio en el acta de matrimonio inscrita en el Registro Civil de Cáceres en el Tomo NUM002 , Página NUM003 de la Sección 2ª.

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 y se registró con el n.º 22/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.XXX, en representación de D. XXX , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado que:

"[...] desestimando las solicitadas de contrario, se tenga por solicitada la adopción de las siguientes medidas definitivas:

1.- La disolución por divorcio del matrimonio de don XXX y doña XXX.

2.- La expedición de los correspondientes mandamientos para la inscripción de la Sentencia en el Registro Civil en donde se encuentra inscrito el matrimonio de las partes.

3.- La Patria Potestad de XXX , será ejercitada de manera compartida por ambos progenitores, debiendo tomar de común acuerdo cuantas cuestiones importantes afecten a la vida de la hija.

4.- Respecto al régimen de guardia y custodia solicitamos en reconvención que se establezca compartido, interesando subsidiariamente, si este no se acordara, que las visitas entre semana sean diarias, de 19.00 a 20.00 horas, además de la posibilidad de comunicar con la menor por cualquier medio oral o escrito.

5.- La vivienda se asigne a la menor el uso y disfrute permanente del domicilio sito en AVENIDA000 , n° NUM000 , de DIRECCION001 (Cáceres), siendo los progenitores los que, de manera alterna y mensual, varíen su domicilio para ejercer la guardia, cuidado y custodia de la menor.

No inmueble cercano a la misma utilizado para la actividad agrícola-ganadera no se considerará como parte de la vivienda habitual.

6.- No se atribuya pensión de alimentos por atribuirse una guardia y custodia compartida y subsidiariamente, caso de atribuirse la misma, se fije una pensión mensual de 100 Euros, con las revisiones anuales correspondientes en función del IPC.

7.- No se fije pensión compensatorio y subsidiariamente caso de fijarse la misma, lo sea por importe de 100 euros por un periodo máximo de 6 meses.

Todas estas obligaciones permanecerán hasta que la hija adquiera su independencia económica y/o laboral/ Profesional, sin que tenga incidencia el

que alcance la mayoría de edad y todo ello según Ley, una vez lo cual Don Alonso recuperará en todo caso la posesión y libre disposición de la vivienda al ser privativa de la propiedad.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes".

En el mismo escrito, formuló demanda reconvenional en solicitud de guardia y custodia compartida, suplicando al juzgado:

"[...] dicte Sentencia en la que se estime la presente reconvenición acordando los siguientes pronunciamientos:

A) La patria Potestad de Doña XXX , será ejercitada de manera compartida por ambos progenitores, debiendo tomar de común acuerdo cuantas cuestiones importantes afecten a la vida de la hija.

B) Se establece para con la hija menor del matrimonio la guardia y custodia compartida entre ambos progenitores, ejerciéndola cada progenitor de manera alterna mensual, iniciándose el 1 de cada mes y finalizando el último día de cada mes.

Para ello, se asignará a la menor el uso y disfrute permanente del domicilio sito en AVENIDA000 , n o NUM000 , de DIRECCION001 (Cáceres), siendo los progenitores los que, de manera alterna y mensual, varíen su domicilio para ejercer la guardia, cuidado y custodia de la menor.

La adjudicación será estrictamente de la vivienda, dado que el inmueble cercano a la misma utilizado por Don Alonso para su actividad agrícola-ganadera, no entra dentro de la vivienda habitual.

Como régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con el progenitor no custodio, se establecerá un sistema de absoluta libertad que le habilite ejercer estas facultades, con la única condición de que no se altere el desenvolvimiento cotidiano y escolar de la vida de la hija.

No obstante, el genérico acuerdo antedicho y a fin de salvaguardar las relaciones filiales con el ascendiente no custodio, durante el periodo mensual en que no conviva con la menor, se establecerá lo siguiente:

1º.- Como régimen de visitas, el progenitor no custodio gozará de la compañía de su hija los fines de semana alternos, desde las 18:00 del viernes a las 20:00 del domingo en temporada invernal, y a las 22:00 en verano, pudiendo pernoctar.

2º.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, uno desde el día que comiencen las vacaciones escolares las 14.00 horas hasta las 13.00 horas del día 31 de diciembre, y el otro desde dicha fecha hasta el día anterior al comienzo de las clases escolares a las 20.00 horas, alternándose los padres en dichos períodos, siendo la elección de la madre en los años impares y del padre en los años pares.

3º.- El día de Reyes (6 de Enero), el progenitor no custodio, disfrutará de la compañía de la menor desde 17.00 horas hasta las 21.00 horas.

4º.- En las vacaciones de Semana Santa, se disfrutará por mitad desde primer viernes de vacaciones de vacaciones a las 18.00 a Miércoles Santo a las 20.00, y de Miércoles Santo a las 20:00 a Lunes a las 20:00 horas alternativamente, siendo la elección de la madre en los años impares y del padre en los años pares.

5º.- En las vacaciones de verano, no se alterará la alternancia mensual antedicha para el periodo lectivo, disfrutando así ambos progenitores de un mes con la menor.

6º.- El día del cumpleaños de la menor, el progenitor que no la tenga consigo podrá tenerla en su compañía desde la salida del colegio o guardería hasta las 18.00 horas si es un día lectivo, y si no es lectivo y tienen disponibilidad, desde las 12.00 horas hasta las 18.00 horas.

7º.- Los progenitores celebrarán con su hija los días de su cumpleaños y días del padre y de la madre. Si no les correspondiera tener a la menor consigo ese día podrán recogerla a la salida del colegio o guardería y tenerla consigo hasta las 20.00 horas si es un día lectivo.

Si no lo es podrán recogerla a las 12.00 horas de la mañana y tenerla consigo hasta las 20.00 horas, siempre que tengan disponibilidad para ello.

Todo lo estipulado se llevará a término desde la perspectiva del interés y bienestar de la menor, como queda explicitado, además de la aplicación en

todo caso de los criterios más flexibles y comprensivos que en nada menoscaben y alteren su forma de vida, así como respetando la situación v horarios laborales/profesionales de los progenitores.

C) Dado que la Custodia que solicita es compartida, no se Fijará Pensión de Alimentos para ninguno de los progenitores, debiendo abonar cada uno los gastos que generen en los meses que habiten en la vivienda.

D) No procede pensión compensatoria al no existir desequilibrio a ninguno de los cónyuges.

E) Los gastos extraordinarios que se puedan originar deben ser sufragados por mitad entre ambos progenitores. Se entenderán como gastos extraordinarios aquellos que derivados del estado de salud de la hija no sean cubiertos por la Seguridad Social, así como prótesis, gafas, aparatos dentales o cualquier otro similar. También aquellos derivados de los estudios que en un futuro lleve a término la hija común, los refuerzos y actividades escolares y extra escolares, entre los que se incluyen expresamente, material escolar, comedor e indumentaria y uniforme si así fuese requerido por el centro escolar, extendiéndose estos gastos tanto al comienzo de cada año escolar como durante el curso.

El importe completo del gasto extraordinario que proceda, podrá ser acreditado ante el otro progenitor con la simple muestra del comprobante de compra a través de email, fax, personal, etc. comprometiéndose el progenitor al que le sea exhibido dicho comprobante por el medio que sea a reintegrar al otro progenitor en el plazo de cinco días (en caso de no acuerdo) su parte del 50% debido.

F) Los gastos de consumo de suministros serán abonados por el progenitor que la ocupe en cada periodo.

G) Todas estas obligaciones permanecerán hasta que la hija adquiera su independencia económica y/o Laboral/Profesional, sin que tenga incidencia el que alcance la mayoría de edad y todo ello según Ley, una vez lo cual Don Alonso recuperará en todo caso la posesión y libre disposición de la vivienda al ser privativa de la propiedad.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes".

La representación de D.^a XXX , contestó a la demanda reconvenicional, suplicando al juzgado que se dictara sentencia en los mismos términos que solicitó en su escrito de demanda.

El Ministerio Fiscal también contestó a la demanda y a la reconvenición, interesando que se dictara sentencia con arreglo al resultado que ofrecieran las pruebas practicadas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 , dictó sentencia de fecha 31 de octubre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda formulada a instancia de D^{ÑA}. XXX , representada por la Procuradora de los Tribunales D^{ña}. XXX contra D. XXX , representado por la Procuradora de los Tribunales D^{ña}. XXX y en consecuencia se declara disuelto por causa de divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges, con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, acordando como Convenio Regulador de divorcio la adopción de las siguientes medidas:

La patria potestad sobre la hija menor XXX será compartida por ambos progenitores. La guarda y custodia de la menor se atribuye a D^{ña}. XXX.

El uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar sito en DIRECCION001 , AVENIDA000 nº NUM000 , queda atribuido a la demandante y a la menor.

En tanto D^{ña}. XXX tenga atribuido el uso de la vivienda familiar se hará cargo de los gastos que tengan su origen en el consumo de los suministros de electricidad, agua, teléfono y similares.

Se establece un régimen de visitas de fines de semanas alternos desde la salida del colegio los viernes hasta las 20:00 horas del domingo y los martes y jueves de 19:00 horas a 20:00 horas. Las Vacaciones de Semana Santa, Navidad y Verano se disfrutarán por mitad en los términos establecidos en la demanda.

El día de la Madre, del Padre y cumpleaños de la menor se disfrutarán según lo establecido en la demanda.

Se fija una pensión de alimentos a favor de Flora de 200 euros mensuales a cargo de D. Alonso , importe que deberá ser satisfecho dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe al efecto.

Los gastos extraordinarios que se produzcan en relación a la menor serán de cargo de ambos progenitores por mitad.

Se fija una pensión compensatoria de 300 euros mensuales con una duración de UN AÑO. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Firme que sea la presente resolución, líbrese oficio al Registro Civil donde consta inscrito el Matrimonio, para su anotación".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, que lo tramitó con el número de rollo 37/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de Alonso contra la Sentencia 33/2.018, de 31 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 en los autos de divorcio seguidos con el número 22/2.018, del que dimana este Rollo, debemos REVOCAR y REVOCAMOS la indicada Resolución, realizando los siguientes pronunciamientos:

1) Se establece un régimen de guarda y custodia compartida del hijo menor, Flora , con periodicidad semanal, verificándose el cambio de custodia los Domingos a las 20.00 horas, debiendo recoger al menor el progenitor que vaya a asumir la custodia en el domicilio del progenitor donde en ese momento se encuentre; el régimen se realizará en el que fuera domicilio familiar, AVENIDA000 , n. NUM000 , DIRECCION001 , Cáceres.

2) Se establece una visita entre semana a favor del progenitor que, en esa semana, no ostente la custodia de la menor, los miércoles de 17.00 horas a 20.00 horas, debiendo recoger y reintegrar al menor del domicilio del progenitor que, en esa semana, ostente su guarda y custodia;

3) Se dejan sin efecto las visitas de fines de semana alternos;

4) En cuanto a las estancias de larga duración (Navidad, Semana Santa y Verano), se establecen por mitad. Durante estos periodos vacacionales se interrumpirá la alternancia de la convivencia semanal. En caso de desacuerdo respecto del orden de disfrute de los periodos vacacionales, corresponderá a la madre elegir los años impares, y al padre los pares.

5) Se establece como pensión de alimentos a favor de la hija y con cargo al padre la suma de 200 €al mes. Cada progenitor abonará los gastos correspondientes a su custodia y convivencia con el hijo, y los gastos de ropa, de educación, libros, sanidad y los que tengan el carácter de extraordinarios por mitad.

6) Se establece como pensión compensatoria favor de Magdalena la suma de 300 €al mes durante un año. Todo ello, sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas en ambas instancias, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Inés María Carrillo Murillo, en representación de D.^a Magdalena , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"ÚNICO.- Los motivos y fundamentos de casación, se recogen en el Art. 477 de la LEC.

En el caso que nos ocupa, la Resolución del presente recurso presenta interés casacional puesto que se recurre una Sentencia que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Art. 477.3 de la LEC).

La Sentencia de la Audiencia contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la Sentencias 2304/2016, de fecha 26 de mayo

de 2016 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, [...] y que recoge que para la adopción del sistema de custodia compartida se exige 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 los litigantes; y, una elación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de ambos progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".

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 28 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Magdalena contra la sentencia dictada con fecha de 11 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 37/2019, dimanante del juicio de divorcio n.º 22/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 1 de DIRECCION000 .

2º) Y entréguense 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. Y posteriormente se dio traslado al Ministerio Fiscal, que igualmente evacuó el traslado.

4.- Por providencia de 5 de febrero de 2021 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 24 de marzo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- Objeto del proceso

Es objeto del proceso la demanda de divorcio interpuesta por la actora contra el demandado, en la que solicitó la disolución del vínculo matrimonial, con las medidas definitivas derivadas de dicho pronunciamiento, entre las cuales la guardia y custodia de la hija del matrimonio, que contaba entonces con 7 años de edad, uso de la vivienda familiar, pensión de alimentos y compensatoria.

2.- La sentencia de primera instancia

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del **Juzgado** de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 , en la que se decretó la disolución del vínculo matrimonial que ligaba a los litigantes. Se atribuyó a la madre la guardia y custodia de la hija del matrimonio, con la fijación de un régimen de visitas a favor del padre. Se estableció una pensión de alimentos de 200 euros mensuales y una pensión compensatoria de 300 euros al mes, durante un año, ambas a cargo del demandado. Igualmente se atribuyó a madre e hija el uso de la vivienda familiar.

El juzgado denegó la petición de custodia compartida con el argumento de la situación de grave de conflicto existente entre los progenitores, materializada en varias denuncias interpuestas entre ellos y que han dado lugar a una serie de procedimientos penales todavía no resueltos, situación de tensión que, si bien no trasladada a la menor, hace inviable, al menos mientras no se resuelven los procedimientos penales abiertos, el ejercicio de la guardia y custodia compartida. El informe psicosocial, razona la sentencia, parece inclinarse por la custodia compartida, si bien condicionada a la resolución del procedimiento penal que se encontraba en curso.

3.- La sentencia de la **Audiencia**

Contra la precitada sentencia se interpuso por el demandado recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, que dictó sentencia en la que se estimó el recurso con establecimiento de un régimen de custodia compartida.

En contra del criterio del Juzgado, la Audiencia considera que el interés y beneficio de la menor se concilia mejor con el establecimiento de un régimen de comunicación de tal clase, bajo el razonamiento de que una situación de tensión o desencuentro entre los progenitores no tiene que influir en relación con la menor. Se sostuvo que, con respecto al procedimiento penal pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género, no había condena penal, sólo indicios racionales de delito, y que no se habían adoptado medidas cautelares. El resultado de dicho procedimiento no tenía que influir en las relaciones padre e hija. En definitiva, se concluyó que la regla general es la custodia compartida, por la que además se inclina el informe psicosocial.

Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de casación, en el que se cuestiona la fijación del régimen de comunicación establecido.

4.- La sentencia del **Juzgado de lo Penal**

Durante la sustanciación del recurso, se dictó por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Cáceres sentencia 191/2019, de 3 de octubre, que es firme, en la que se condena al demandado. En la **declaración de hechos probados consta:**

"[...] La relación entre ambos (litigantes) que ha durado 7 años y medio, en los últimos 5 años se ha ido deteriorando hasta devenir insostenible, con insultos continuos, de forma que el acusado se dirigía a ella con expresiones como puta, zorra o pelarrabos. De hecho, en 2015 XXX se marchó del domicilio al no aguantar la situación pero el acusado le pidió de forma reiterada que volviera a casa, cosa que hizo transcurridos 2 meses. Después de esa fecha la situación se fue agravando llegando el acusado a despertar a altas horas de la madrugada a la niña de 6 años para decirle que su madre era una puta, y que se "había follado a XXX ". El acusado ha intentado limitar en la medida de lo posible los contactos de Magdalena con su familia, no permitiendo que tuviera dinero para viajar a Cáceres donde residía su madre, y no permitiendo tampoco que utilizase alguno de los vehículos del que él es titular. No solo limitaba el uso del dinero para impedir que XXX se relacionara con su familia, de hecho Magdalena no contaba con dinero alguno y era el acusado el que iba a la tienda del pueblo a pagar la compra que su mujer efectuaba, debiendo pedirle ésta dinero incluso para comprar tabaco y obligándola el acusado a atender el ganado para conseguir ese dinero. El acusado además mantenía un control sobre el teléfono de su mujer. El acusado le ha venido diciendo a XXX que "qué

pintas en esta vida, pues no te quiere nadie". Delante de amigos comunes ha manifestado expresiones como "yo con esa no voy que me da asco" (refiriéndose a XXX) o bien le preguntaba algún amigo: "¿tú no te la has follado? Pues si tú le pones la mano encima te la follas".

Cuando XXX comenzó a pensar en la separación, el acusado le decía que le iba a quitar a la niña, pues ella no tenía nada, no tiene trabajo, ni dinero y que la niña se la iban a dar a él. XXX puso una primera denuncia en enero de 2018, denuncia cuyo archivo pidió pues el acusado la convenció para llegar a un acuerdo de separación en el que ella mantendría la guardia y custodia de la niña, pero como eso no se materializaba y Magdalena seguía angustiada con las amenazas continuas de que se iba a quedar sin su hija volvió a poner en conocimiento de los Tribunales la situación que estaba viviendo. Durante esos días posteriores a la primera denuncia, y mientras seguían conviviendo los 3 en el domicilio de DIRECCION001 , el acusado le decía a la hija que tienen en común "tú tienes que ir a Cáceres hija, porque tu madre tiene la entrepierna caliente".

Ante las peticiones de XXX pidiendo que no le dijera eso a la niña el acusado contestaba "si ella ya sabe lo puta que eres"".

Con base en tales hechos, la sentencia **condenó al demandado, por un delito de maltrato habitual del art. 173.2.3 del CP**, a la pena de un año y ocho meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a menos de de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de tres años. Igualmente se condenó al demandado, por un delito continuado de vejaciones injustas, a la pena de dos meses de multa a razón de cuatro euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la demandante, de su domicilio, de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio durante seis meses y un día.

5.- La posición del Ministerio Fiscal

Tras el conocimiento de la precitada sentencia, el Ministerio Fiscal, en atención al interés preferente de la menor, solicitó que el recurso de casación fuera estimado, toda vez que, en síntesis, de la lectura de la sentencia del

juzgado de lo penal consta como la conducta del demandado es de desprecio y humillación de la demandante, con manifestaciones ofensivas para ella en presencia de la niña, que afectan gravemente a su proceso de formación y a un mínimo clima de entendimiento entre los padres que se pueda trasladar a la pequeña. Con base en ello, se entendió que no existen las condiciones exigibles de cooperación entre los progenitores para un desarrollo adecuado de la guarda y custodia compartida, pues en las circunstancias expuestas la niña sufriría las consecuencias del enfrentamiento entre sus padres.

SEGUNDO.- El recurso de casación

El recurso de casación se fundamenta en la existencia de interés casacional. Se alega como **infringida la doctrina de la sentencia 350/2016, de 26 de mayo**, en un caso de existencia de episodios de violencia de género, en que se denegó la custodia compartida acordada por la Audiencia, y en la que se hace expresa referencia al art. 92.7 del CC. Se expone en el recurso las razones por las cuales se considera que se debe atribuir a la madre la custodia de la menor. Durante la sustanciación del recurso se interesó por el Ministerio Fiscal que se suspendiese su tramitación hasta conocerse el resultado del proceso penal, y, tras la aportación de la sentencia firme dictada, solicitó que se admitiese a trámite el recurso interpuesto.

No se alteran los hechos, no sufrió el demandado indefensión alguna, en tanto en cuanto conoció las razones del recurso, su base fáctica y jurídica y, en consecuencia, pudo ejercitar sin limitación su derecho de defensa. Por todo lo cual, procede desestimar la alegación de inadmisión basada en la carencia manifiesta de fundamento; pues, en este caso, existe, se basa en el interés superior del menor, lo que constituye una cuestión de fondo y no formal de inadmisibilidad.

TERCERO.- **Estimación** del recurso

1.- Breve **recorrido normativo** sobre la incidencia de la violencia doméstica en los pronunciamientos sobre la custodia de los menores

El art. 92.7 del CC establece que "**no procederá la guarda conjunta** cuando cualquiera de los padres 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 de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

El art. 233.11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece que:

"En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas".

El art. 3.8 de la ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, norma que:

"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) 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 progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya **dictado resolución judicial motivada** en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando **el Juez advierta, de las alegaciones** de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos".

Por su parte, el art. 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone por su parte que:

"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género".

En similar sentido el art. 11.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores norma, por su parte, que:

"No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal".

2.- La **doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida**

Esta Sala se muestra totalmente favorable a la medida de la custodia compartida como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos. En este sentido hemos establecido que:

A) La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla **condicionada al interés y beneficio de los menores** y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando 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.

En este sentido, las 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 y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras.

B) No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello **sea posible y en tanto en cuanto lo sea** (sentencias 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras).

C) Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como **participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos**, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras).

D) Son criterios determinantes para **enjuiciar su procedencia**: la práctica anterior de los progenitores en **sus relaciones con el menor 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 y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas).

E) Como recogen las sentencias 433/2016, de 27 de junio y 166/2016, de 17 de marzo, que reproducen la doctrina sentada en la sentencia 9/2016, de 28 de enero, **"la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida"**.

F) También hemos declarado que, para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una **actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo** que se deben suponer existentes (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras). Por otra parte, la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifican per se, que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de **que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio** (sentencia 433/2016, de 27 de junio).

En definitiva, como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio.

"En íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, rc. 1712/2014, afirma que "Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y **conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional** y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga **un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad**". Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

Para que **la tensa situación** entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea **de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial** (STS de 16 de octubre de 2014, rec. 683/2013).

Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio".

En el mismo sentido, la sentencia 242/2018, de 24 de abril.

3.- La valoración de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso

En el caso presente, **no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias** entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. **Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados**, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un **patrón de conducta prolongado** en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. **El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica** elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente.

Es, por ello, que las circunstancias expuestas y el mal pronóstico de coparenting, es decir la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida, determina que no se considere procedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Como hemos señalado en la sentencia 51/2016, de 11 de febrero:

"[...] la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que **entre los padres exista una relación de mutuo respeto** que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".

En la sentencia 350/2016, de 26 de mayo, en un caso de violencia doméstica, hemos señalado:

"Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una **posición irrespetuosa de abuso y dominación**, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y

actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente".

Y en la sentencia 23/2017, de 17 de enero, sostuvimos que:

"A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación".

Por todo ello, en la tesitura expuesta, no podemos considerar que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común, que no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre.

Por consiguiente, procede asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto, con confirmación de la sentencia dictada por el juzgado, debiéndose **ajustar el fallo al pronunciamiento condenatorio de la sentencia dictada por el juzgado de lo penal**, en tanto en cuanto establece la pena de alejamiento, lo que se llevará a efectos en ejecución de sentencia.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso comporta que no se haga especial declaración sobre las costas causadas por el mismo (artículo 398 LEC). La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas de segunda instancia (art. 398 LEC) y la pérdida de depósito.

Con respecto a la devolución del depósito constituido para recurrir en casación se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.^a 8 LOPJ, procediendo su restitución a la recurrente.

F A L L O

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

1.0- Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 11 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 37/2019, dimanante del juicio de divorcio n.º 22/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 , sin pronunciamiento en costas y devolución del depósito constituido para recurrir.

2.0- Casar la sentencia recurrida y con desestimación del recurso de apelación interpuesto confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 , con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.