

Roj: STS 2304/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2304
Id Cendoj: 28079110012016100338
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2410/2015
Nº de Resolución: 350/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 26 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 46/2015, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso, núm. 116/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Ana, representada por el procurador D. Rafael Otero Salgado, bajo la dirección letrada de Dña. Lucía Rama Vázquez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Raúl representado por el procurador D. Marco Aurelio Labajo González bajo la dirección letrada de D. Carlos López Petinal y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Ana, y en su nombre y representación el procurador D. Rafael Otero Salgado actuando bajo la dirección letrada de Dña. Lucía Rama Vázquez, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra D. Raúl y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando la presente demanda, declare:

1. Se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio formado por doña Ana y don Raúl.
2. La demandante renuncia al uso y disfrute del que fue domicilio familiar, por residir ya hace meses en otro domicilio en compañía de su hijo menor de edad.
3. La atribución a la demandante doña Ana de la guarda y **custodia** del hijo menor Jose Augusto.
4. Se establezca en concepto de alimentos la cantidad de cuatrocientos cincuenta euros (450.-€) mensuales, que serán abonadas por el padre del menor, cifra que sufrirá anualmente la misma variación que experimente el I.P.C. Deberá también abonar el padre el 50% de todos los gastos extraordinarios del menor.
5. Se establezca en concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientos euros (200.-€) mensuales, cifra que sufrirá anualmente la misma variación que experimente el I.P.C..
6. Se fije el régimen de visitas a favor del padre consistente en:
Fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo.
Semana Santa: del viernes al martes con la madre en los años impares y del miércoles al lunes con el padre, alternándose estos períodos los años pares.
Verano: Quince días en el mes de julio y otros quince días en el mes de agosto, debiendo no ser coincidentes con los períodos vacacionales de la madre.

Navidad: Del 22 al 31 de diciembre con la madre los años impares, correspondiendo el siguiente periodo del 1 al 7 de enero al padre. Los años pares el primer periodo del 22 al 31 de diciembre estará en compañía del padre, correspondiendo el segundo periodo a la madre.

El hijo será recogido por el padre en el domicilio de la madre, y dejado igualmente en dicho domicilio materno.

El anterior régimen de visitas, se llevará a cabo con la mayor cordura y flexibilidad por parte de los progenitores, atendiendo a las circunstancias de cada momento y teniendo siempre presente el interés del hijo.

Todo ello, conforme lo peticionado en el cuerpo de este escrito, y con expresa imposición de las costas procesales al demandado si resiste la pretensión.».

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando al Juzgado:

«Dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

3.- D. Raúl y en su nombre y representación el procurador D. Joaquín González Carrera bajo la dirección letrada de D. Carlos López Petinal, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se acuerden las siguientes medidas, consistentes en:

A) Titularidad y ejercicio de la patria potestad del hijo menor: Esta parte no se opone a que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sea **compartida** entra ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio del hijo, comprometiéndose ambos progenitores a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación del menor, así como comunicarse las incidencias que afecten a los hijos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedades, actividades escolares y extraescolares y cambios de domicilio.

B) Guarda y **custodia** del hijo menor.- Ha de ser atribuida a D. Raúl .

C) Régimen de visitas.- La madre podrá tener a su hijo Jose Augusto en su compañía en los siguientes periodos:

1. La madre disfrutará de la compañía de su hijo, los fines de semana alternos, segundo y cuarto de cada mes, desde las 17:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo, llevándose a cabo la recogida y entrega de los menores en el domicilio del padre.

2. Las vacaciones de Navidad.- Corresponderá a la madre la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, desde el día 23 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas en los años pares; y desde las 12:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero, en los años impares. La recogida y entrega de los hijos también se hará en el domicilio del padre.

3. Las vacaciones de Semana Santa.- Corresponderá a la madre el periodo que va desde el Viernes de Dolores a las 18:00 horas, hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, en los años pares; y desde las 10:00 horas del Jueves Santo hasta las 20:00 horas del Lunes de Pascua, en los años impares. En estos casos la entrega y recogida de los hijos se hará igualmente en el domicilio del padre.

4. En cuanto a las vacaciones de verano, disfrutará la madre de la compañía de su hijo Jose Augusto los quince primeros días de julio y los quince primeros días de agosto los años pares, y los quince últimos días de julio y los quince últimos días de agosto los años impares.

D) Uso y disfrute de la vivienda conyugal.- La atribución del uso y disfrute del domicilio que constituyó el domicilio familiar situado en la CALLE000 n.º NUM000 , NUM001 NUM002 de Laracha (La Coruña) ha de ser atribuido al padre, por pertenecer en exclusiva al mismo.

E) Pensión alimenticia.- Dña. Ana deberá satisfacer, en concepto de pensión alimenticia, para su hijo Jose Augusto , la cantidad de cuatrocientos euros (400.-€) al mes, importe que deberá satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que hará efectivo mediante ingreso bancario en la cuenta corriente que designe el padre al efecto. Dicha cantidad deberá ser actualizada anualmente conforme al I.P.C. que periódicamente publica el I.N.E. u organismo que en su caso le sustituya, sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación del mismo a la madre.

F) Pensión compensatoria.- Habida cuenta de la situación económica de los cónyuges, esta parte entiende que la separación y divorcio no produce desequilibrio económico para ninguno de ellos, es por lo que es evidente que no procede la prestación de pensión compensatoria alguna.

G) Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios de los menores, serán satisfechos al 50% entre ambos progenitores, teniendo, entre otros dicha consideración los siguientes:

a) Aquellos gastos médicos-quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, incluido el Seguro Médico Privado.

b) Los gastos extraordinarios de educación, tales como clases complementarias, campamentos, actividades deportivas, cursos en el extranjero, estudios superiores...

Subsidiariamente, el hijo menor de edad, Jose Augusto , quedará sujeto a la patria potestad prorrogada a favor de los padres, quedarán bajo guarda y **custodia compartida**, manteniéndose asimismo la patria potestad **compartida** por ambos progenitores, y estableciéndose el siguiente régimen de estancias y convivencia:

- Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio del padre en los años pares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con el padre en el domicilio de este en los años impares.

- Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio de la madre en los años impares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con la madre en el domicilio de este en los años pares.

En todo caso, ambos cónyuges se comprometen a interpretar de manera flexible el anterior régimen de estancias y a facilitar la comunicación del hijo con el otro progenitor durante las estancias con cada uno de ellos en orden a proteger el superior interés del menor.

Al establecerse un régimen de guarda y **custodia compartida** sobre el hijo del matrimonio no se establece pensión de alimentos alguna, corriendo cada progenitor con los gastos que se ocasionen en las respectivas estancias, y asumiendo cada uno y por mitad los gastos de educación y gastos extraordinarios que se generen.

Es de Justicia que se pide».

Y formuló demanda reconvenzional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que enjuició aplicables solicitó al juzgado dictara sentencia:

«Por la que se desestime la demanda interpuesta, y la estimación íntegra de la reconvencción formulada donde se acuerden las siguientes medidas, consistentes en:

A) Titularidad y ejercicio de la patria potestad del hijo menor.- Esta parte no se opone a que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sea **compartida** entre ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio del hijo, comprometiéndose ambos progenitores a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación del menor, así como comunicarse las incidencias que afecten a los hijos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedades, actividades escolares y extraescolares y cambios de domicilio.

B) Guarda y **custodia** del hijo menor.- Ha de ser atribuida a D. Raúl .

C) Régimen de visitas.- La madre podrá tener a su hijo Jose Augusto en su compañía en los siguientes periodos:

1. La madre disfrutará de la compañía de su hijo, los fines de semana alternos, segundo y cuarto de cada mes, desde las 17:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo, llevándose a cabo la recogida y entrega de las menores en el domicilio del padre.

2. Las vacaciones de Navidad.- Corresponderá a la madre la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, desde el día 23 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas en los años pares; y desde las 12:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero, en los años impares. La recogida y entrega de los hijos también se hará en el domicilio del padre.

3. Las vacaciones de Semana Santa.- Corresponderá a la madre el periodo que va desde el Viernes de Dolores a las 18:00 horas, hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, en los años pares; y desde las 10:00

horas del Jueves Santo hasta las 20:00 horas del Lunes de Pascua, en los años impares. En estos casos la entrega y recogida de los hijos se hará igualmente en el domicilio del padre.

4. En cuanto a las vacaciones de Verano, disfrutará la madre de la compañía de su hijo Jose Augusto los quince primeros días de julio y los quince primeros días de agosto los años pares, y los quince últimos días de julio y los quince últimos días de agosto los años impares.

D) Uso y disfrute de la vivienda conyugal.- La atribución del uso y disfrute del domicilio que constituyó el domicilio familiar situado en la CALLE000 n.º NUM000 , NUM001 NUM002 de Laracha (La Coruña) ha de ser atribuido al padre, por pertenecer en exclusiva al mismo.

E) Pensión alimenticia.- Dña. Ana deberá satisfacer, en concepto de pensión alimenticia, para su hijo Jose Augusto , la cantidad de cuatrocientos euros (400.-€) al mes, importe que deberá satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que hará efectivo mediante ingreso bancario en la cuenta corriente que designe el padre al efecto. Dicha cantidad deberá ser actualizada anualmente conforme al I.P.C. que periódicamente publica el I.N.E. u organismo que en su caso le sustituya, sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación del mismo a la madre.

F) Pensión compensatoria.- Habida cuenta de la situación económica de los cónyuges, esta parte entiende que la separación y divorcio no produce desequilibrio económico para ninguno de ellos, es por lo que es evidente que no procede la prestación de pensión compensatoria alguna.

G) Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios de los menores, serán satisfechos al 50% entre ambos progenitores, teniendo, entre otros, en consideración los siguientes:

a) Aquellos gastos médicos-quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, incluido el Seguro Médico Privado.

b) Los gastos extraordinarios de educación, tales como clases complementarias, campamentos, actividades deportivas, cursos en el extranjero, estudios superiores...

Subsidiariamente, el hijo menor de edad, Jose Augusto , quedará sujeto a la patria potestad prorrogada a favor de los padres, quedarán bajo guarda y **custodia compartida**, manteniéndose asimismo la patria potestad **compartida** por ambos progenitores, y estableciéndose el siguiente régimen de estancias y convivencia:

- Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio del padre en los años pares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con el padre en el domicilio de este en los años impares.

- Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio de la madre en los años impares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con la madre en el domicilio de este en los años pares.

En todo caso, ambos cónyuges se comprometen a interpretar de manera flexible el anterior régimen de estancias y a facilitar la comunicación del hijo con el otro progenitor durante las estancias con cada uno de ellos en orden a proteger el superior interés del menor.

Al establecerse un régimen de guarda y **custodia compartida** sobre el hijo del matrimonio no se establece pensión de alimentos alguna, corriendo cada progenitor con los gastos que se ocasionen en las respectivas estancias, y asumiendo cada uno y por mitad los gastos de educación y gastos extraordinarios que se generen».

4.- El escrito de demanda presentado por D. Raúl fue devuelto y no admitido (dejándose una fotocopia en su lugar) al no constar poder de representación del procurador y se le tuvo por no personado. En fecha 16 de mayo de 2014 se otorga poder apud acta por el demandado al procurador D. Joaquín González Carrera a quien se le tiene por parte, pero sin que presentaran nuevamente la contestación a la demanda. En diligencia de ordenación de fecha 30 de mayo de 2014 se le declaró en situación de rebeldía procesal. Recurrída en reposición esta diligencia de ordenación se desestimó su reposición.

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Carballo se dictó sentencia, con fecha 7-11-2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimando parcialmente la demanda formulada en nombre y representación de doña Ana , contra don Raúl , con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la disolución

por divorcio del matrimonio contraído por los litigantes el 8 de septiembre de 2007 en la Iglesia de Santa María de Oza (A Coruña); con las siguientes medidas:

1.º- El menor Jose Augusto quedará bajo la guardia y **custodia** de ambos progenitores, con carácter semanal, desde la salida del centro escolar el viernes hasta el viernes siguiente; compartiendo la patria potestad sobre el mismo ambos progenitores. El menor será recogido por el progenitor a la salida del centro escolar, una vez finalizadas todas las actividades, lectivas o no, que tengan lugar en dicho centro.

2.º- No ha lugar a la fijación de régimen de visitas a favor del progenitor que no ostente la **custodia** del menor durante la semana.

3.º- Dado el sistema de **custodia compartida** que se establece, cada progenitor abonará los gastos del menor que se produzcan durante el periodo que asuma su **custodia**. Los gastos extraordinarios se abonarán por ambos progenitores por mitad.

4.º- No ha lugar a la atribución del uso de la vivienda conyugal.

5.º- No ha lugar a la fijación de pensión compensatoria.

6.º- No ha lugar a pronunciamiento judicial acerca del uso y disfrute de bienes gananciales. Todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 27 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que con desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Carballo , resolviendo el divorcio contencioso nº 116/2014, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada resolución; todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas causadas.».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Ana se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. Infracción del art. 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del **Tribunal Supremo** (SSTS núm. 252 de 7 de abril de 2011 ; núm. 619 de 30 de octubre de 2014 y núm. 616 de 18 de noviembre de 2014).

Motivo segundo. Infracción del art. 92 del CC al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS de 17 de junio de 2013 ; 28 de noviembre de 2014 ; núm. 2480 de 6 de noviembre de 2014 ; núm. 835 de 6 de febrero de 2014 ; núm. 26 de 5 de febrero de 2013 ; núm. 2926 de 7 de junio de 2013 ; núm. 579 de 22 de julio de 2011 y núm. 578 de 21 de julio de 2011), por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 20 de enero de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos fines.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Marco Aurelio Labajo González, en nombre y representación de D. Raúl , presentó escrito de oposición al mismo, por el contrario el Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso de casación interpuesto.

3.- Posteriormente el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la recurrente presentó escrito de un hecho posterior a la sentencia recurrida, cual fue el auto de 10 de febrero de 2016, del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de La Coruña , diligencias previas 773/2014, en el que se acuerda continuar por los trámites de procedimiento abreviado al poder ser los hechos que en las mismas se investigan, imputados a D. Raúl , constitutivos de un delito de violencia en el ámbito familiar y coacciones. Igualmente aporta un informe forense integral, en el que se reconoce a D.^a Ana , se explora al menor Jose Augusto y se entrevista a D. Raúl , realizado por la forense de ese mismo juzgado.

4.- De la documental aportada se dio traslado al recurrido y el procurador D. Marco Aurelio Labajo González, en su nombre y representación, formuló las alegaciones que estimó oportunas aportando como documento copia de la presentación de recurso de reforma y subsidiario de apelación al auto de procedimiento abreviado de 10 de febrero de 2016.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.^a Ana contra D. Raúl , solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y **custodia** a favor de la madre del hijo menor Jose Augusto , nacido el NUM003 de 2009, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, estableció el régimen de guarda y **custodia compartida** del menor.

Recurrida la mencionada resolución, se dictó sentencia en segunda instancia, desestimando el recurso interpuesto, manteniendo la guarda y **custodia compartida** del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender que el art. 92.7 CC debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del art. 92 CC , pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del art. 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que «el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos». La sentencia declara probadas «las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y **custodia compartida**, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y **custodia compartida**», ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen.

Se formula recurso de casación por la mujer en dos puntos o motivos: a) infracción del art. 92.7 CC y la jurisprudencia del TS recogida en las SSTS de 7 de abril de 2011 , 30 de octubre de 2014 y 18 de noviembre de 2014 , al entender que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente la situación existente a fin de denegar la **custodia compartida**, al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida como es la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir comunicación ni respeto entre los cónyuges; y b) infracción del art. 92 CC , al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor, contemplado en las SSTS de 17 de junio de 2013 , 28 de noviembre de 2014 , 6 de noviembre de 2014 , 6 de febrero de 2014 , 5 de febrero de 2013 , 7 de junio de 2013 , 22 de julio de 2011 y 21 de julio de 2011 , por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de la prueba practicada. Considera la recurrente que el hecho de obligar al menor a convivir en un entorno familiar plagado de enfrentamientos, no puede beneficiar su desarrollo personal, tratándose de un factor de riesgo para el menor, citándose a favor de su derecho el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, así como el anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia informado por el Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, que incluye a los menores como víctimas de violencia de género.

El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala, la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO .- Continuación de antecedentes.

En el FDD 2.º de la sentencia del juzgado se declaró y fue aceptado expresamente por la Audiencia Provincial que:

«El menor tiene en la actualidad cinco años de edad. Acude al colegio de Las Franciscanas en A Coruña. No se ha detectado en el menor ninguna alteración de conducta o comportamiento inadecuado, no consta que no acuda correctamente aseado y que presente más enfermedades que las habituales en todos los niños de su edad. De la práctica de la prueba practicada resulta que ambos progenitores se han dedicado a la crianza de su hijo, sin que exista acreditación alguna de que los progenitores no sean igualmente idóneos para el cuidado de su hijo menor. Desde la ruptura de la pareja el menor ha venido residiendo de manera alterna con ambos progenitores en periodo semanal, así ha quedado acreditado de la declaración de los mismos en el acto de la vista. Ambos cuentan con residencia en A Coruña, doña Ana en régimen de alquiler y don Raúl por ser la vivienda de sus padres; aun cuando el domicilio familiar está en A Laracha, propiedad del esposo y que fue abandonado por la madre de manera voluntaria. El menor acude a un centro escolar en A Coruña. Ambas

localidades distan en unos 15 kilómetros por vía rápida (AG-55), por lo que dicha circunstancia no puede ser considerada un obstáculo para la atribución de un régimen de **custodia compartida**. Incluso la modificación del régimen de convivencia previamente pactado por las partes no puede ser considerado beneficioso para el menor. Y todo ello tomando igualmente en consideración que el menor ha mantenido desde la ruptura de la pareja un contacto de convivencia con ambos progenitores, y que ambos disponen de un horario laboral y de apoyo familiar que les permite hacer frente a la asunción de las obligaciones que la **custodia** de su hijo implica. Así se desprende de la testifical practicada».

TERCERO .- Documentación presentada ante esta Sala.

Esta Sala acuerda la admisión de la documental presentada ante ella, dado lo dispuesto en el art. 752 LEC .

1. Por la recurrente se presentó testimonio del auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme), en el que consta en el antecedente de hecho único lo siguiente:

«De lo actuado se desprende que Dña. Ana y D. Raúl mantuvieron una relación matrimonial, llegando a tener un hijo en común. En agosto de 2013, por decisión de la mujer, se separaron iniciando los trámites para su divorcio. A pesar que en el principio convinieron la situación del hijo común o el reparto del uso de los vehículos de los que eran propietarios, entre tanto no recaía la regulación judicial, el varón decidió iniciar una situación de acoso que se produjo esencialmente en los meses anteriores al de agosto de 2014, situación que tuvo proyección y que hubo de vivir más de una vez el hijo menor.

»Rondaba las inmediaciones del domicilio de la mujer, o lugares que sabía que frecuentaba, realizando gestos provocativos, profiriendo insultos, contra Dña. Ana o personas de su entorno. Los intercambios del menor, cuando intervenía la madre o familiares de ella, los convertía en situaciones conflictivas.

»Por ejemplo el 19 de mayo de 2014 cuando la madre intentó recoger al niño en el colegio, pues Raúl no se lo permitió ver desde un tiempo apreciable, se presentó él, avisado por su hermana y el novio de ésta, quienes también pretendían hacerse cargo del niño, e intento que no se lo llevara queriendo quitárselo, a la fuerza, de los brazos.

»También privó unilateralmente a la mujer del uso del vehículo que, tras la separación, ella venía utilizando con el pretexto de que "...tenía el mismo derecho para andar con él".

»Todas estas actuaciones las llevó a cabo como represalia por la decisión de la mujer determinando en Dña. Ana como sintomatología compatible con un cuadro ansioso depresivo».

En dicho procedimiento penal se emitió informe conjunto por médica forense, psicólogo y trabajadora social en que se indicaba:

«Consideraciones medico forenses:

»En el caso que nos ocupa, se describe una relación conflictiva, con conductas violentas por parte del varón, de forma repetitiva, creando una relación de dependencia, con sentimiento de culpa, minimización y esperanza de cambio. En donde se observan los siguientes elementos traumatizantes:

»Agresiones físicas: no referidas, excepto un agarrón.

»Agresión sexual: no referidas.

»Agresiones verbales: a modo de insultos, desvalorizaciones...

»Control de actividades: aislamiento social, llamadas al psicólogo... el móvil...

»Control económico: pedir los recibos de gastos...

»Conductas destructivas en el hogar: no referidos.

»Omisiones de cuidado y convivencia: no referidas.

»Consecuencias de las mismas, la explorada presentó una sintomatología ansioso-depresiva, de la que recibió terapia.

»Al momento actual persiste clínica de corte ansioso-depresiva en donde interviene como elemento estresante las dificultades surgidas del ejercicio de la guarda y **custodia** compartidas del hijo de ambos.

»Conclusiones.

»Primera.- En el momento de la valoración la peritada presenta sintomatología compatible con un cuadro ansioso depresivo. Muestra sentimientos de indefensión, desesperanza y tristeza que proyecta en todos los ámbitos de su vida.

»Segunda.- La sintomatología que presentó la informada es compatible con un agente estresante como la relación de pareja descrita.

»Tercera.- Con relación al menor, si bien no se ha podido realizar una exploración completa, no obstante lo observado y el contenido del informe del psicólogo del menor, hacen pensar que existe sufrimiento del menor con relación a dinámica relacional conflictiva entre los progenitores. Sería recomendable que ambos progenitores establezcan mecanismos de comunicación que minimicen los efectos conflictivos negativos, para garantizar un mejor desarrollo psico-evolutivo del menor.

»Y ello es cuanto pueden informar en cumplimiento de lo solicitado».

CUARTO .- Motivo primero.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. Infracción del art. 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo (SSTS núm. 252 de 7 de abril de 2011 ; núm. 619 de 30 de octubre de 2014 y núm. 616 de 18 de noviembre de 2014).

Motivo segundo. Infracción del art. 92 del CC al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS de 17 de junio de 2013 ; 28 de noviembre de 2014 ; núm. 2480 de 6 de noviembre de 2014 ; núm. 835 de 6 de febrero de 2014 ; núm. 26 de 5 de febrero de 2013 ; núm. 2926 de 7 de junio de 2013 ; núm. 579 de 22 de julio de 2011 Y núm. 578 de 21 de julio de 2011), por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

Entiende la recurrente que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente la situación existente a fin de denegar la **custodia compartida**, al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida como es la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir comunicación ni respeto entre los cónyuges.

Considera la recurrente que el hecho de obligar al menor a convivir en un entorno familiar plagado de enfrentamientos, no puede beneficiar su desarrollo personal, tratándose de un factor de riesgo para el menor, citándose a favor de su derecho el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, así como el anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia informado por el Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, que incluye a los menores como víctimas de violencia de género.

QUINTO .- Respuesta de la Sala.

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

Procede denegar las causas de inadmisibilidad alegadas por el recurrido, dado que no se pretende una reevaluación de las pruebas practicadas, sino el análisis de la sentencia recurrida en relación con la pretendida infracción de los preceptos invocados y, esencialmente, si se ha respetado o no el interés del menor.

Esta Sala debe recordar, como hizo en la sentencia de 4 de febrero de 2016; rec. 3016 de 2014 que:

«El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

»Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil , según el cual, no procederá la guarda y **custodia** conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

Igualmente en reiteradas sentencias, entre otras la sentencia de 11 de febrero de 2016; rec. 326 de 2015 , hemos declarado 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 los litigantes, al no constar lo contrario.

»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 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.

»Igualmente en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".».

En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y **custodia compartida**».

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.

Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la **custodia** del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido.

SEXTO .- No procede imposición de costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC).

Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Ana contra sentencia de 27 de mayo de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Coruña . **2.º**- Casar parcialmente la sentencia recurrida, dejando sin efecto la **custodia compartida** y atribuyendo la **custodia** del menor Jose Augusto a su madre. **3.º**- El juzgado determinará el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia. **4.º**- Se mantiene la denegación de la pensión compensatoria. **5.º**- No procede imposición de costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC). **6.º**- Procédase a la devolución del depósito para recurrir. Líbese 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. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.