

DENEGACION DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE VIOLENCIA DE GENERO.

LIBERTAD DE VISITAS PADRE CON HIJA. Se deniega la custodia compartida en un caso con una hija de 15 años por la negativa de esta y porqu1. no existe actitud de cooperación interparental para llegar a consenso en cuestiones relacionadas con la hija2. existen importantes diferencias en aspectos esenciales como lo son los que afectan a pautas educativas;3. entre los progenitores no existe ninguna relación y el esposo ha sido condenado en dos ocasiones por delitos de amenazas sobre la esposa, teniendo en vigor penas de prohibición de acercamiento y comunicación;4. ambos progenitores muestran un discurso crítico mutuo con desencuentros frecuentes;5. la mala relación entre los cónyuges se ha trasladado a la menor.**Sentencia de la Audiencia provincial de Valladolid de 23 de marzo 2021. Número Sentencia: 123/2021 Ponente: FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA. Origen Violencia de genero.**

Cabecera: Guarda y custodia compartida o conjunta. Principio del superior interes del menor.

Divorcio contencioso
Procede la **custodia compartida.**

La **custodia compartida** no es procedente conforme se desprende del ips, que también hace referencia a la grave oposición de la hija menor, que tiene ya 15 años, frente al padre por las críticas que estos vierte de forma constante contra la madre. No puede haber incongruencia en cuanto a la pensión concedida porque, tratándose de pension alimenticia de hijos menores, el juez puede actuar de oficio y establecer en **interes del menor** un pensión superior a la solicitada.

Sobre la **custodia compartida.**

La interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 código civil debe estar fundada en el **interes de los menores** que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordara cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en su relaciones con el menor y su aptitudes personales ; los deseos manifestados por los menores competentes ; el número de hijos ; el cumplimiento por parte de los progenitores de su deberes en relacion con los hijos y el respeto mutuo en su relaciones personales ; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores un vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

PROCESAL: Incongruencia ultra petitum. Legitimación del ministerio fiscal

Jurisdicción: Civil

Ponente: FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA Ir a

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 23/03/2021

Tipo resolución: Sentencia **Sección:** Primera

Número Sentencia: 123/2021 **Número Recurso:** 379/2020

Numroj: SAP VA 398:2021

Ecli: ES:APVA:2021:398

Abogados: Marta Cristina Alonso de la FuenteIr a, Jose Luis Perez OrtegaIr a, Jose - Luis Perez OrtegaIr a, Marta - Cristina Alonso de la FuenteIr a

Audiencia Provincial de Valladolid, de 23/03/2021 RES:123/2021 REC:379/2020

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00123/2021

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47186 48 1 2019 0000054**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000379 /2020****Juzgado de procedencia:** JDO.DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.1 de VALLADOLID**Procedimiento de origen:** DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000082 /2019

Recurrente: Claudio

Procurador: ISABEL HERRERA SANCHEZ

Abogado: MARTA CRISTINA ALONSO DE LA FUENTE

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Eulalia

Procurador: , BEATRIZ EMILIA GUTIERREZ CAMPO

Abogado: , JOSE LUIS PEREZ ORTEGA

SENTENCIA núm. 123/2021**Ilmos. Sres. Magistrados:****D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA****D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN****D. JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL**

En VALLADOLID, a veintitrés de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de **DIVORCIO CONTENCIOSO núm. 82/2019** del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Valladolid, seguido entre partes, de una, como **DEMANDANTE-APELADA**, D^a Eulalia, representada por la Procuradora D^a Beatriz-Emilia Gutiérrez Campo y defendida por el Letrado D. José-Luis Pérez Ortega; y de otra, como **DEMANDADA-APELANTE**, D. Claudio, representado por la Procuradora D^a Isabel Herrera Sánchez y defendido por la Letrada D^a Marta-Cristina Alonso de la Fuente; habiendo intervenido el **MINISTERIO FISCAL** en la representación que le es propia.

[Ir arriba](#)**ANTECEDENTES DE HECHO:****PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 20/07/2020, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sra. Gutiérrez Campo, en nombre y representación de Eulalia frente a Claudio, y en su virtud, declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ambas partes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración, sin especial imposición de las costas. Asimismo se determinan las medidas siguientes:

1.- La hija menor del matrimonio quedará bajo la guarda y custodia de la madre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre la menor. El régimen de comunicaciones entre la menor y el padre será el que libremente determinen ambos.

2.- El esposo contribuirá a los alimentos de su hija con la cantidad mensual de 330 €, actualizables anualmente conforme al IPC. Dichas cantidades se harán efectivas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que señale la interesada. Los gastos extraordinarios que se originen con relación a su hija deberán ser abonados por partes iguales por ambos progenitores entendiendo como tales los gastos escolares y sanitarios no cubiertos por los sistemas públicos de educación y sanidad.

3.- Se atribuye el uso del domicilio familiar a la esposa y a la hija menor."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de D. Claudio, se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por la representación procesal de la parte demandante y por el Ministerio Fiscal, se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, tras la tramitación correspondiente, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 01/12/2020, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA.**

[Ir arriba](#)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por la representación procesal de Claudio se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 20-7-2020 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Violencia sobre la Mujer 1, de Valladolid, en PROCESO DE DIVORCIO 82/2019, por la que se declara al divorcio y entre otras medidas se atribuye la custodia exclusiva a la madre con el régimen de comunicaciones y visitas que acuerden entre la hija menor y el padre; y se fija una pensión alimenticia de 330 €/mes.

En síntesis, la parte apelante apela la sentencia por entender que:

1. Procede la **custodia compartida**.
2. Subsidiariamente, debe establecerse un régimen de visitas que no dependa del acuerdo entre la hija y el padre.
3. La sentencia es incongruente pues concede una pensión alimenticia superior a la reclamada.

La parte apelada.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, añadiendo que:

1. La **custodia compartida** no es procedente conforme se desprende del IPS, que también hace referencia a la grave oposición de la hija menor, que tiene ya 15 años, frente al padre por las críticas que éste vierte de forma constante contra la madre.
2. No puede haber incongruencia en cuanto a la pensión concedida porque, tratándose de pensión alimenticia de hijos menores, el Juez puede actuar de oficio y establecer en **interés del menor** una pensión superior a la solicitada. Por lo demás, la pensión establecida se ajusta a los ingresos y los gastos del padre.

SEGUNDO.- SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La STS [257/2013](#), de 29 de abril, (haciéndose eco de la STS [496/2011](#) de 7 de Julio) declaró como doctrina jurisprudencial

"que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse 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."

La mencionada STS [496/2011](#), de 7 de julio, aunque casó la sentencia de la Audiencia Provincial, vino a aceptar varios de los requisitos para la custodia compartida enumerados en ella (a excepción del requisito del mutuo acuerdo de los progenitores por ser contrario al art. 92 C.C.) y, de hecho, dice expresamente que algunos de estos criterios vienen a coincidir con los enumerados en su propia y anterior sentencia sobre el mismo asunto, STS 623/2009). Excluido el del mutuo acuerdo, dichos criterios son: ***"muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación o divorcio; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia [...]. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de pareja de sus roles como padres"***

Las SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015, han especificado, respecto de la relación entre los progenitores, que la custodia compartida conlleva, como premisa, la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que benefician 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.

Por su parte, la STS [571/2015](#) DE 14 DE OCTUBRE, reitera que:

"Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse 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" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013).

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 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.

Y, la STS 559/2016 de 21 de septiembre, resume la doctrina anterior y pone el acento en la conflictividad entre los progenitores: |

"En la sentencia recurrida se valora adecuadamente el interés del menor, dado que se hace referencia a la conflictividad y animadversión existente entre los progenitores que hace desaconsejable, por el momento, un sistema de custodia compartida.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 12 de abril de 2016, rec. 1225 de 2015 :

«La interpretación del CCartículo 92, 5, 6 y 7 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como 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. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse 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" (STS 25 de abril 2014).

»Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)».

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.

Aplicada la referida doctrina al caso de autos, debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS.

Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor.

Igualmente consideramos que se ha adoptado un sistema de visitas proporcionado, con fines de semana alternos, mitad de vacaciones y dos tardes en semana."

Trasladando la anterior doctrina al caso de litis, resulta que ninguna alegación, ninguna razón que puede desvirtuar lo razonado en la sentencia de instancia, ha aportado el apelante en su escrito de recurso sobre la procedencia de la custodia compartida frente al régimen de custodia exclusiva establecido en la sentencia apelada, limitándose a solicitar este último régimen en el suplico. Bastaría ya con dicha circunstancia para rechazar el motivo de apelación.

En cualquier caso, **no queda sino confirmar y dar por reproducidos aquí en aras de la brevedad los acertados argumentos ofrecidos por el Juez *a quo* y que esta Sala comparte plenamente sobre la conveniencia en el caso de litis de un régimen de custodia exclusiva frente al de custodia compartida porque, tal y como se desprende del informe psicosocial:**

1. no existe actitud de cooperación interparental para llegar a consenso en cuestiones relacionadas con la hija;

2. existen importantes diferencias en aspectos esenciales como lo son los que afectan a pautas educativas;

3. entre los progenitores no existe ninguna relación y el esposo ha sido condenado en dos ocasiones por delitos de amenazas sobre la esposa, teniendo en vigor penas de prohibición de acercamiento y comunicación;

4. ambos progenitores muestran un discurso crítico mutuo con desencuentros frecuentes;

5. la mala relación entre los cónyuges se ha trasladado a la menor.

TERCERO.- SOBRE EL RÉGIMEN DE VISITAS.

La hija menor tiene ya 15 años, mantiene una actitud de rechazo hacia el padre y lleva más de un año sin mantener una relación fluida con su padre.

En esta situación resulta plenamente acertada la decisión del Juzgador, pues un régimen de visitas impuesto lo único que conseguirá es una mayor desestabilización de esa relación en perjuicio de la propia figura paterna y del interés superior del menor. Padre e hija deberán encontrar otros canales consensuados de comunicación y relación.

CUARTO.- SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y LA SUPUESTA INCONGRUENCIA *ultra petita* DE LA SENTENCIA.

Debe también ratificarse la decisión adoptada por el Juez de instancia sobre el particular. Con unos ingresos de 1324 €/mes y unos gastos de aproximadamente 600 €, con la pensión de alimentos fijada de 330 €/mes, aun le restarían al progenitor, como bien explica el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, 400 € libres/mes, por lo que dicha pensión se considera ajustada.

Y, como también explica el Ministerio Fiscal, no cabe hablar de incongruencia en cuanto a la pensión concedida (330 €, frente a los 300 € reclamados) porque, tratándose de pensión alimenticia de hijos menores, el Juez puede actuar de oficio y establecer en interés del menor una pensión superior a la solicitada.

TERCERO.-COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC ., procede condenar en costas al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

[Ir arriba](#)

FALLO:

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Claudio contra la sentencia dictada en fecha 20-7-2020 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Violencia sobre la Mujer 1, de Valladolid, en PROCESO DE DIVORCIO 82/2019, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

[Ir arriba](#)