



Roj: **STS 1786/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1786**

Id Cendoj: **28079110012017100266**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2017**

Nº de Recurso: **1432/2016**

Nº de Resolución: **280/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Luis Pedro , representado por la procuradora D.ª Susana Linares Gutiérrez bajo la dirección letrada de D. José Antonio Jiménez Gutiérrez, contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2016 por la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 823/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1176/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66, sobre guarda y custodia. Ha sido parte recurrida D.ª Salvadora , representada por la procuradora D.ª M.ª Victoria Arnaiz de Ugarte y bajo la dirección letrada de D. José Ángel Martínez Ballesteros, ambos designados por el turno de oficio. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Luis Pedro , interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Salvadora en la que solicitaba se dictara sentencia estimando la demanda y se adopten como medidas definitivas las siguientes:

- «Patria Potestad: Que continúe siendo ejercida por los dos progenitores.
- »Guarda y Custodia de la menor: Que dada la estabilidad, la solvencia, la buena vida demostrada que siempre ha llevado el actor y su profundo deseo de hacer todo lo que pueda a favor de su hija, garantizándole siempre una adecuada educación y un excelente ambiente familiar, que le sea otorgada al padre la guarda y custodia y a favor de la madre un régimen de visitas amplio, tal y como se detallará más adelante.
- »De manera subsidiaria y sólo en el caso de que no sea atendida positivamente la solicitud anterior, que la guarda y custodia se fije de manera compartida dado que mi representado siempre ha participado y se ha involucrado de una manera muy intensa en la vida y desarrollo de su hija, siendo la relación entre ellos muy estrecha, lo que contribuye al desarrollo y formación integral de la misma.
- »Creemos sinceramente que al acordar la medida solicitada se conseguiría una disminución del sentimiento de pérdida que se produciría en mi patrocinado al no tener la custodia, pero sobre todo hemos de significar que el Sr. Luis Pedro da prioridad a las necesidades de su hija y está preparado para realizar los acuerdos necesarios para el bien de la misma.
- »Por todo ello, mi patrocinado estima que sería bueno para todo el grupo familiar, siempre en el caso de no otorgársele la guarda y custodia en solitario, establecer esa guarda y custodia compartida y que podría ser de 30 días con cada progenitor, debiendo desplazarse el menor al domicilio de cada uno de los progenitores, entendiendo que ello no perjudica al mismo dado que igualmente se propone que ambos progenitores acuerden establecerse en un domicilio próximo a fin de evitar problemas al menor y garantizar su continuidad



en el mismo centro escolar. En este sentido el Sr. Luis Pedro acuerda desde ya trasladar su vivienda habitual al municipio de residencia y estudio de su hija.

· »Régimen de visitas y comunicación: Respecto del progenitor no custodio que se establezca el siguiente:

»A) Días laborables. El menor comerá y pernoctará con el progenitor custodio, encargándose éste u otra persona de la confianza de ambos comparecientes y previo convenio escrito entre ellos, de recoger y llevar al mismo al centro donde venga cursando sus estudios.

»B) Los fines de semanas alternos, desde las cinco pm (17,00 horas) del viernes, hasta las ocho y media de la noche (20,30 horas) del domingo, la menor comerá y pernoctará con el progenitor no custodio, debiendo éste recogerla en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo en los indicados días y horas, Si por alguna circunstancia el progenitor no custodio no pudiera recoger a la hija en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con al menos veinticuatro horas de antelación, en caso contrario se entenderá que desde las 20,30 horas del viernes el progenitor custodio y/o el menor podrá realizar aquéllas actividades que estime oportunas.

»Respecto del cómputo de los fines de semana alternos, el progenitor no custodio pasará con su hijo el primero que corresponda según la fecha de este documento, y el otro el siguiente, y así sucesivamente.

»C) Durante los períodos vacacionales de la menor se acuerda lo siguiente: en Navidad el menor estará la mitad de dicho período vacacional con el padre y la otra mitad con la madre, comenzando con el padre. En cualquier caso las partes acuerdan que siempre el niño pasará la navidad con uno y el año nuevo con otro, alternando dichas fiestas de año en año. Y respecto a la Semana Santa, acuerdan los padres que el menor estará con uno u otro durante dicho período, correspondiendo el primer periodo a la madre. El progenitor no custodio, en los años que le corresponda deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio del progenitor custodio.

»D) El período de vacaciones de verano se entiende comprendido por los meses de julio y agosto, permaneciendo el hijo con un progenitor el mes de julio y con el otro el mes que agosto, entendiéndose que el año que uno lo tenga en julio deberá tenerlo en Agosto el año siguiente y así alternativamente. La permanencia durante el mes de julio tendrá su inicio a las nueve de la mañana (9,00 horas) del primer día de mes, comenzando el período de permanencia del mes de agosto a las nueve de la tarde (21,00 horas) del día último del mes de agosto, reanudándose a partir de dicho momento el régimen de comunicación y visitas previsto para los fines de semana. El no custodio recogerá y reintegrará al menor, durante el período vacacional correspondiente, en la hora y domicilio en que se encuentre el progenitor custodio. En su caso, el progenitor con el que el hijo no conviva en el mes de verano que le corresponda, podrá visitarlo y tenerlo en su compañía dos fines de semana alternos, respetando los horarios previstos para el régimen de comunicación y visitas de los fines de semana.

»E) El presente régimen de comunicaciones y visitas se entenderá sin perjuicio de la asistencia de los hijos a campamentos, curso de verano, etc.

»F) En el caso de otros días festivos, en particular en el caso de puentes, se acuerda que el menor permanecerá con el padre que lo tenga en dicho puente.

»G) El progenitor no custodio podrá comunicarse por cualquier método telemático (teléfono, correo electrónico, videoconferencia, etc.) o por correo, cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores.

· »Pensión de Alimentos: Respecto al progenitor no custodio solicitamos que se establezca a favor del hijo menor una cuota alimentaria de doscientos euros (200 euros) mensuales.

»Dicha cantidad deberá hacerse efectiva dentro de los ocho (8) primeros días de cada mes, en la cuenta que para tal efecto designe cada uno de los progenitores.

»Estas obligaciones serán mantenidas por los progenitores aunque el hijo alcance la mayoría de edad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil .

»Respecto de cualquier otro gasto sólo podrá reclamar el cónyuge que lo efectúe al otro, en caso de que sea hecho previo acuerdo por escrito entre ellos.

»Los gastos de material escolar, ropa, actividades extraescolares y ocio, se consensuarán previamente y se abonarán a partes iguales entre los padres.

· »Educación del menor: Los padres acuerdan que respecto de la educación del menor, siempre se consensuará el centro de estudio y el tipo de formación que el hijo vaya a recibir.



· «Salidas del país: Los padres acuerdan que respecto de las salidas del país y dado que la familia de ambos cónyuges está en Colombia, las mismas podrán realizarse siempre que se informe con antelación al otro progenitor y éste autorice expresamente y por escrito su salida»

2.- La demanda fue presentada el 29 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid y fue registrada con el n.º 1176/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal.

3.- D.^a Salvadora, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar sentencia donde se adopten las medidas definitivas siguientes:

«Patria potestad guarda y custodia:

»Se atribuya a la madre demandada la guarda y custodia de la hija menor María Inmaculada, manteniéndose el ejercicio de la patria potestad compartida por ambos progenitores, comprometiéndose ambos a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación de la menor, así como a comunicarse las incidencias que afecten a ésta, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedad.

»El progenitor custodio se obliga a mantener informado al otro del estado de salud, aprovechamiento escolar y de cuantas vicisitudes importantes afecten a la hija menor, debiendo comprometerse ambos progenitores a colaborar positivamente en la formación y desarrollo integral de la menor.

»Régimen de visitas del progenitor no custodio:

»En cuanto al régimen de visitas, comunicación y estancia de la hija menor, se fije el mismo conforme se señala a continuación, con independencia de la edad de la menor que próximamente cumplirá los tres años de edad y ya ha pernoctado en el domicilio paterno en varias ocasiones:

»Se fije un derecho de visitas conforme al que el progenitor demandado podrá tener en su compañía a su hija menor los fines de semana alternos desde las 15,30 horas del viernes, a la salida de la guardería u horario de salida del colegio en un futuro próximo, debiendo devolver a María Inmaculada el lunes a la hora de entrada en la guardería o colegio.

»Si hubiera un puente o festividad inmediatamente anterior o posterior a un fin de semana se acumulará al fin de semana, correspondiendo al progenitor con el que la menor se encuentre disfrutando el derecho de visita o estancia.

»Si en alguna anualidad existiere desproporción en el disfrute de los puentes o festividades entre progenitores, se repartirán de forma equitativa entre ellos y de no existir acuerdo el reparto se hará al cincuenta por ciento. El día o días festivos correspondientes al puente del padre, recogerá a la hija menor en el mismo horario señalado, manteniendo el lugar de entrega y recogida.

» Períodos Vacacionales.- Cada progenitor disfrutará la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano junto con la menor, eligiendo período la madre en los años pares y el padre en los años impares.

»El período de elección deberá ser comunicado al otro progenitor por escrito con una antelación mínima de un mes. En caso de no producirse dicha comunicación la preferencia en la elección pasará al otro progenitor.

»En todos los casos la entrega y recogida será realizada por el progenitor no custodio en el domicilio materno.

»a) El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde las 20:00 horas del primer día no lectivo hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre y el segundo período desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del último día no lectivo.

»b) El primer período de las vacaciones de Semana Santa, comprenderá desde las 10:00 horas del primer día no lectivo hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo período desde las 20:00 horas del Miércoles Santo hasta las 20:00 horas del último día no lectivo.

»c) Las vacaciones de verano se repartirán en los siguientes períodos:

»c1.- Del último día de guardería o colegio a la salida del mismo hasta el 15 de julio a las 20:00 horas.

»c2.- Del 15 de julio a las 20:00 horas, hasta el 31 de julio a las 20:00 horas.

»c3.- Del 31 de julio a las 20:00 horas hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas.

»c4.- Del 15 de agosto a las 20:00 horas hasta el comienzo de la guardería o colegio, en el que el progenitor lo dejará en el horario de entrada del primer día lectivo.



d) Durante los períodos en que no estén conviviendo con la menor, los progenitores podrán comunicarse con su hijo, telefónicamente o por chat o videoconferencia, cuando lo estimen conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida del menor, estableciendo como hora límite las 21:00 horas.

»e) Asimismo, ambos progenitores deberán comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con la hija, dirección y teléfono.

»f) Finalizados los períodos vacacionales corresponderá disfrutar el fin de Semana siguiente al progenitor que no hay tenido a la hija consigo en la segunda mitad del período vacacional.

»g) Respecto al día del cumpleaños de la menor, ésta estará con el progenitor al que corresponda dicha hora hasta las 20:30 horas. Si coincide con día laborable, corresponderá estar con la hija al progenitor al que no corresponda el régimen de visitas, durante dos horas, recogiéndola y reintegrándola al domicilio materno. El horario establecido en este caso se deberá establecer de 18:00 a 20:00 horas.

»h) En cuanto a los cumpleaños de los progenitores y fiestas del día del padre y de la madre, la hija pasará el día con el progenitor al que corresponda dicha celebración. Si coincidieran las mismas con el período de visitas que le corresponde al otro progenitor, ambos deberán ceder ese día en favor del otro para que la hija pueda disfrutar dicha festividad con el progenitor correspondiente, salvo que se encuentre dentro del período vacacional y la hija estuviera fuera de la Comunidad de Madrid.

»i) En el caso de que la hija se encuentre enferma o accidentada sin poder salir del domicilio, el progenitor que no tenga en ese a la hija con él, podrá visitarla días alternos desde las 18:00 a las 20:00 horas.

»j) Si alguno de los progenitores desea cambiar de residencia o se ve obligado a hacerlo por motivos profesionales, deberá notificarlo al otro de forma fehaciente, comprometiéndose a revisar y proceder a la modificación del régimen de visitas si fuera necesario.

»k) Prohibición al Señor Luis Pedro de abandonar el territorio nacional en compañía de la hija menor, María Inmaculada, sin consentimiento de la madre o autorización judicial, debiendo custodiar el pasaporte de la menor la madre.

»Pensión de alimentos: El padre abonará en concepto de pensión alimenticia la cantidad de trescientos cincuenta euros (350 €) mensuales hasta que la menor alcance la mayoría de edad y sea independiente económicamente. En dicha cantidad se considera comprendido el concepto alimenticio correspondiente al deber del padre de contribuir a proporcionar vivienda adecuada a su hijo con arreglo a las circunstancias económicas de la familia. La indicada cantidad, pagadera los doce meses del año, se hará efectiva por el padre por meses adelantados, dentro de los siete primeros días de cada mes, en la entidad bancaria y cuenta corriente designada por la madre al efecto.

»Dicha cantidad se actualizará anualmente en relación al Índice General de Precios al Consumo o índice oficial que lo sustituya.

»Los gastos extraordinarios de la menor tales como clases, actividades extraescolares y aquellos gastos sanitarios que no estén cubiertos por la asistencia pública o privada y otros análogos que sean imprescindibles serán abonados por ambos progenitores por mitad. El progenitor que pretenda reclamar su pago deberá, salvo casos de urgencia, notificar de cualquier modo al otro la intención de afrontar dicho gasto antes de realizarlo y justificarlo documentalmente por medio de factura o recibo de los importes satisfechos».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 dictó sentencia n.º 178/2014 de fecha 11 de abril, con el siguiente parte fallo:

«Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª. Raquel Gómez Sánchez, en nombre y representación de D. Luis Pedro, frente a D. Salvadora, que estuvo representada en los autos por la procuradora D.ª Patricia Martín López, y, en consecuencia, acordar las siguientes medidas:

»1.º- Se atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija común, manteniéndose la patria potestad compartida.

»2.º- Se fija a favor del padre, con carácter de mínimos, un régimen de visitas con la hija menor en fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio o centro escolar, o, en su caso desde las 17:00 horas, hasta los domingos a las 20 horas, con inclusión de puentes o festividades anexas al fin de semana correspondiente. La entrega y recogida de la menor se verificará en el domicilio materno, salvo cuando deba llevarse a cabo en el centro escolar. El padre también podrá disfrutar de la compañía de la menor un día intersemanal, los miércoles en defecto de acuerdo, desde la salida del colegio o centro escolar, hasta las 20:00 horas.



»Los periodos vacacionales escolares de la menor de Navidad y verano se disfrutarán por mitad entre ambos progenitores, dividiéndose el periodo estival por quincenas naturales alternas los meses de julio y agosto y correspondiendo los últimos días no lectivos de junio al progenitor que disfrute la primera quincena de julio y los primeros días no lectivos de septiembre al progenitor al que corresponda la segunda quincena de agosto. La Semana Santa se disfrutará de forma íntegra por cada progenitor por años alternos, extendiéndose tal periodo desde el último día lectivo a la salida del centro escolar hasta el día inmediatamente anterior al reinicio del curso a las 20:00 horas. La facultad de elección de los periodos vacacionales corresponderá al padre los años impares y a la madre los pares, debiendo preavisarse al otro progenitor el periodo vacacional elegido con al menos un mes de antelación, perdiendo en otro caso el derecho de elegir. Durante los períodos vacacionales quedará en suspenso el régimen ordinario de visitas, que se reanudará el primer fin de semana posterior al fin de las vacaciones conforme a la alternancia previa. Ambos progenitores facilitarán la comunicación de la menor con el progenitor con el que no se encuentre en cada momento, siempre que se respeten las rutinas habituales escolares y de descanso de la niña. En días especiales (cumpleaños de la menor, cumpleaños de ambos progenitores, días del Padre y de la Madre) se reconoce al progenitor que no esté en compañía de la menor y de cuya celebración se trate, el derecho a pasar con ella al menos dos horas, que en defecto de acuerdo, serán de 18:00 a 20:00 horas.

»3.º- Se fija a favor de la menor y con cargo al progenitor no custodio una pensión de alimentos de 250 euros mensuales, pagaderos en doce mensualidades, por meses anticipados, dentro de los siete primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la madre. Tal cantidad será actualizada anualmente, conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, operándose la primera actualización en el mes de mayo de 2015.

»4.º- Los gastos extraordinarios en que incurra la menor serán sufragados por mitad por ambos progenitores, previo consenso sobre su concepto e importe o, en su defecto, previa autorización judicial, salvo los casos de urgencias médicas.

»5.º- Se prohíbe la salida de la menor del territorio nacional salvo con autorización previa de ambos progenitores o, en su defecto, previa autorización judicial.

»Procede declarar las costas de oficio».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 823/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2016 , cuyo fallo dispone:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Luis Pedro representado por la procuradora doña Susana Linares Gutiérrez, contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2014; del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid , dictada en autos sobre relaciones paterno-filiales n.º 1176/2013, seguido con doña Salvadora , representada por la procuradora doña Victoria Arnaiz de Ugarte; debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución íntegramente y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Susana Linares Gutiérrez, en representación de D. Luis Pedro , interpuso recurso de casación cuyo único motivo es a tenor de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC .

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pedro presentó escrito en el que interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de enero de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, en el rollo de apelación n.º 823/2015 , dimanante del procedimiento contencioso sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores n.º 1176/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.



4.- Por providencia de 3 de abril de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - D. Luis Pedro y Salvadora tienen una hija, nacida el NUM000 de 2011 en el marco de una relación sentimental de pareja. Producida la ruptura de la relación en febrero de 2013, la niña queda al cuidado de la madre.

El 29 de noviembre de 2013, D. Luis Pedro presentó demanda contra Salvadora en la que solicitaba la guarda y custodia de la hija. Subsidiariamente, solicita la fijación de un régimen de custodia compartida por meses alternos entre ambos progenitores, con patria potestad compartida por ambos, con un régimen de visitas en favor del no custodio que comprendiese fines de semana alternos y periodos vacacionales por mitad y la obligación de contribuir a los alimentos de la menor en la cantidad de 200 euros mensuales.

La madre demandada se opuso a las medidas, pretendiendo la homologación judicial del acuerdo verbal al que refiere habría llegado la pareja tras su ruptura sentimental y por el que la guarda y custodia se atribuiría a la madre, con patria potestad compartida y un régimen de visitas a favor del padre. Solicitó al padre la cantidad de 350 euros mensuales en concepto de alimentos para la menor.

El Ministerio Fiscal abogó por la custodia materna, con patria potestad compartida, la fijación de una pensión de alimentos con cargo al padre de 250 euros mensuales y un régimen de visitas del padre.

2. - La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda, atribuyendo a la madre la guarda y custodia, manteniendo la patria potestad conjunta, fijando una pensión a favor de la menor de 250 euros mensuales, con contribución por mitad a los gastos extraordinarios y un régimen de visitas a favor del padre, con carácter de mínimos, de fines de semana alternos, una tarde intersemanal y mitad de los periodos vacacionales.

Sobre el tema de la custodia, el Juzgado considera «evidente» que la opción que debe prevalecer es la materna, acorde con lo interesado por el Ministerio Fiscal «y ello por la sencilla razón de ser el sistema de organización que ha venido rigiendo desde la ruptura sentimental hace más de un año, antojándose a todas luces postrero y tardío el auxilio judicial impetrado por el padre para hacer valer otras opciones de custodia». Considera decisivo «que la menor cuenta con dos años de edad en la actualidad y se debe procurar por ello la máxima estabilidad en sus rutinas, entorno y hábitos».

3. - Interpuesto recurso de apelación por el demandante, solicita la revocación de la sentencia y que en su lugar se declare el establecimiento de la custodia compartida.

La parte apelada se opone al recurso y el Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la confirmación de la sentencia recurrida por compartir los argumentos de la sentencia que «acuerda atribuir a la madre la guarda y custodia de la menor, como de facto ya viene haciendo desde la ruptura de la relación, enero o febrero de 2013, desde entonces la menor ha residido con su madre, contando con la inestimable ayuda de la abuela materna dados los horarios laborales maternos, es más el padre solo ha pernoctado con la menor sábados alternos, una noche cada 15 días, ni fines de semana alternos y desde enero de 2014 ni una pernocta, aludiendo a futuros planes de trasladarse cerca del domicilio y escuela de la menor para que la misma no vea alterado de modo brusco todo su entorno, por ello el Fiscal tras la celebración de la vista que tuvo lugar el día 8 de abril de 2014, actuando en beneficio del interés superior de la menor solicitó el mantenimiento de la situación de facto, es decir, la atribución de la guarda y custodia materna sin que ello cuestione en modo alguno las cualidades parentales del padre de la menor, siendo dicho extremo compartido por el Juez *a quo*, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas en el acto de la vista, interrogatorio y documental».

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial desestima la demanda y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

Declara la Audiencia que comparte el criterio y lo argumentado por la sentencia de primera instancia y añade que «en el caso no se dan los requisitos del art. 92 CC según nueva redacción dada por el art. 8 de la Ley 15/2005, de 8 de julio pues, en efecto, las partes no han concurrido a este proceso por propuesta de convenio regulador, ni a tal convenio se ha llegado andando el procedimiento (art. 92.5 CC); el Ministerio Fiscal, al folio 347 de las actuaciones emite informe en el que pide la confirmación de la sentencia de instancia, es decir de una guarda y custodia a favor de la madre en exclusiva; y ya sabemos que dicho Ministerio siempre fiel custodio de la juridicidad, en esta sede de familia está, además especialmente ocupado y preocupado por el *bonum filii* (art. 92.8 CC); no existe en autos informe o dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad de este tipo de custodia (art. 92.9 CC); y, finalmente, el órgano judicial *a quo* en virtud del



privilegiado principio de intermediación, no ha considerado la custodia compartida como la única forma en que se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 *in fine* CC). Se insiste, con independencia de que la madre se lleva encargando en exclusiva del cuidado de su hija desde hace tiempo y lo debe estar haciendo bien, pues pedir una custodia compartida es reconocer que la madre lo esté haciendo bien».

SEGUNDO.- D. Luis Pedro interpone contra la sentencia de la Audiencia recurso de casación en su modalidad de interés casacional al amparo del art. 477.2.3.º LEC .

Aduce que los argumentos que determinan la razón decisoria de la sentencia se oponen a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, se oponen a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 , que dispuso que la medida normal y generalizada en las relaciones paterno filiales es la custodia compartida para que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener la relación con su padre. También a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 que, en el mismo sentido que la anterior, añadió que no han de existir preferencias sobre la elección en favor de uno u otro padre (cónyuge en términos de la sentencia). Ambas, añade el escrito, haciéndose eco a la vez de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre , que declaró nula la vinculación del Juzgado con el informe del Ministerio Fiscal.

En el desarrollo del recurso se exponen de manera genérica los argumentos a favor de la custodia compartida frente al modelo tradicional de atribución de la custodia a la madre, se citan indiscriminadamente la jurisprudencia de la sala, sentencias de Juzgados y Audiencias, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 , textos prelegislativos, la Carta Europea de los Derechos del Niño y regulaciones autonómicas sobre la materia. Se citan algunos preceptos en los que según el recurrente encontraría justificación la custodia compartida, como el art. 158.3 CC y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 , de protección jurídica del menor. En un momento de la exposición se advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia, un requisito de la guardia y custodia compartida es el beneficio del menor que, se añade, «ha de ser preferentemente tutelado tal y como viene contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptado por la Asamblea General de la ONU, en el art. 39 CE y en los arts. 92 , 93 , 94 , 151 , 154 , 158 y 170 CC ».

Se apunta que, en el caso, el recurrente reúne todos los requisitos para ser merecedor de la custodia compartida y que no existe ninguna razón que pueda contrariar la regla general de la custodia compartida. Alega que los argumentos de las sentencias de instancia son escasos, pues se limitan a declarar que procede mantener la situación previa al procedimiento judicial. Frente a ello argumenta que, superado el primer año de lactancia, en el que sería lógico que la madre asumiera la custodia, el padre la reclamó inmediatamente, por lo que el dato biológico inicial no puede privarle ahora de la custodia, máxime cuando, como reconoce la propia sentencia, las relaciones con la hija son estrechas y buenas.

La demandada recurrida presenta escrito de oposición a la admisión del recurso por infracción del art. 481.2.1 .º y 2.º (sic) LEC , de las exigencias del acuerdo no jurisdiccional de la sala de 30 de diciembre de 2011 y del art. 483.2.3.º LEC .

Aduce que no concurre interés casacional, que las sentencias de la sala aportadas son insuficientes, pues existen otras que resuelven en el mismo sentido que la recurrida (cita la de 30 de diciembre de 2015 y la de 27 de abril de 2012).

De manera subsidiaria, y acumulando una serie de argumentos de forma poco estructurada, se opone a la estimación del recurso alegando: i) que la sentencia recurrida interpreta el art. 92 CC con arreglo a la doctrina de la sala; ii) que el Ministerio Fiscal abogó por la confirmación de la sentencia de primera instancia; iii) que se pretende convertir la casación en una tercera instancia, sin respetar la valoración de la prueba; iv) que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los criterios de la sala recogidos en la sentencia 257/2013, de 29 de abril , para valorar que no es de interés de la menor la custodia compartida.

Se exponen otros razonamientos de diferente y variada naturaleza: frente al argumento del recurso de que, superada la fase de lactancia, ya no procede la custodia exclusiva de la madre, alega que la valoración de las circunstancias que van cambiando y los hechos deben ser valorados en la instancia, no en casación; se añade que la custodia compartida debe acordarse en interés del menor y no como un premio a los progenitores, por lo que es irrelevante la capacidad y buena voluntad del recurrente para ejercer la guarda; que la custodia compartida se solicita en el caso al año de romperse la convivencia, lo que tuvo lugar al año del nacimiento de la menor; que no existen buenas relaciones entre los padres que permitan actitudes positivas que beneficien a la menor, lo que se considera premisa para la custodia compartida; que tampoco han podido concretarse las circunstancias laborales y personales de uno y otro progenitor, incluso su lugar de residencia actual para ejercer esa custodia y que todas estas circunstancias deben ser valoradas por el Juzgado de Primera Instancia.



El Ministerio Fiscal, que en la instancia se opuso a la custodia compartida por entender que convenía que la menor no viera alterado de modo brusco su entorno, presenta en este trámite un informe por el que interesa la estimación del recurso de casación porque considera que la sentencia recurrida entra en confrontación con la doctrina de esta sala. Cita las sentencias de 9 de mayo de 2005 , de 10 de diciembre de 2012 , de 12 de abril de 2016 , de 29 de marzo de 2016 y cita, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de diciembre de 2012 -asuntos acumulados C-356/11 y 357/11, sobre reagrupación familiar-.

Argumenta para llegar a esta conclusión que la valoración del interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado en la solución aplicada por la resolución impugnada porque, a pesar de no existir informe psicosocial acerca de la idoneidad del sistema de guarda y custodia compartida, al no haber sido solicitada tal prueba pericial por el hoy recurrente, esto no significa que tal carencia probatoria determine *per se* , la inaplicación de este sistema de custodia en la medida que el Juzgador *a quo* debe valorar el conjunto de las pruebas aportadas.

Considera, en particular, que la sentencia no valora otros parámetros que aparecen como hechos probados, en concreto: «que existen estrechos vínculos entre padre e hija», que el recurrente «es un buen padre y que la niña le tiene mucho cariño», imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, conforme a la doctrina de esta sala contenida en las referidas sentencias, que establecen que este régimen de custodia 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. Añade que en este supuesto no se describen, como hechos probados, la existencia de una conflictividad que impida el establecimiento de tal régimen de custodia compartida y, por el contrario, queda acreditado, la actitud del padre favorable al cuidado y atención de la menor y el cariño existente entre ellos, reconocido por la madre, de lo que se deduce que pueda existir una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de tal sistema de custodia, en beneficio de la menor.

TERCERO.- Procede la desestimación del recurso.

1.- El escrito de interposición del recurso presenta una estructura mejorable, pues no cita de manera expresa cuál es la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso que se entiende ha infringido la sentencia recurrida, cuando ese es el único motivo en que legalmente puede fundarse el recurso de casación, conforme al art. 477.1 LEC .

El recurrente, en el desarrollo del escrito de interposición, al explicar las razones por las que entiende que concurre interés casacional, menciona diversos textos en los que se proclama o de los que resulta el principio del interés del menor (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; art. 39 de la Constitución ; art. 3 de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990). Cita también otros preceptos que, sin ser aplicables al caso, considera que justifican la solicitud de custodia compartida (en particular, invoca el art. 158.3.º CC , que se refiere a las medidas para evitar la sustracción de menores) o que, según expresa el escrito, tratan de tutelar el beneficio del menor (arts. 92 , 93 , 94 , 151 , 154 , 158 y 170 CC). En definitiva, el recurso acumula de forma dispersa la cita de preceptos de los que resultaría la evidencia de la consagración del principio de protección del menor en nuestro ordenamiento pero no llega a identificar qué norma concreta y por qué se ha infringido al denegar al recurrente la custodia compartida.

En este momento procesal, esta falta de técnica casacional sería causa suficiente de inadmisión (sentencias 913/2011, de 22 de diciembre , 22/2016, de 3 de febrero y 48/2017, de 26 enero).

2.- Pero es que, además, centrado el debate jurídico en el principio del interés del menor, la sentencia recurrida no es contraria a la interpretación que de tal principio ha realizado esta sala en el ámbito de la custodia compartida.

Ciertamente que, a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril , se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés (sentencia 54/2011, de 11 de febrero). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 de 21 diciembre).



En el recurso de casación solo puede valorarse si el tribunal de instancia ha aplicado el principio de protección del interés del menor motivando, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se adopte o no el sistema de guarda, sin que para la determinación del régimen de custodia el recurso de casación pueda convertirse en una tercera instancia (sentencias 261/2012, de 27 abril , 750/2015, de 30 de diciembre , 166/2016, de 17 de marzo , 166/2016, de 17 de marzo).

En el presente supuesto, la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, valora que el interés superior de la menor queda protegido si continúa bajo la custodia de la madre. Atiende para ello a las circunstancias del caso (la estabilidad que deriva de mantener la situación existente desde el nacimiento, el apoyo de la abuela materna, la falta de pernотas del padre con la menor, la alusión a futuros planes de trasladarse cerca del domicilio y escuela de la menor), recogidas en el informe del Ministerio Fiscal y cuyo criterio comparte la Audiencia. La sentencia recurrida valora igualmente para desestimar el recurso y mantener la custodia de la madre que no existe informe o dictamen de especialistas relativo a la idoneidad de la custodia compartida.

El criterio de la sentencia recurrida, por lo demás, es coherente con la doctrina de esta sala mantenida en las sentencias 638/2016, de 26 de octubre y 722/2016, de 5 de diciembre , que consideran que, para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña.

Por tanto, no es contraria a la doctrina de la sala la sentencia que valora el interés de la menor a la hora de denegar la custodia compartida, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo del recurrente (sentencia 263/2016, de 20 de abril).

CUARTO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 LEC .

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

ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Luis Pedro contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª) de 28 de enero de 2016, dictada en Rollo de Apelación 823/2015 , dimanante del juicio verbal de medidas paterno filiales 1176/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** Condenar al recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia 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.