



Roj: **SAP SA 593/2018 - ECLI:ES:APSA:2018:593**

Id Cendoj: **37274370012018100592**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **131/2018**

Nº de Resolución: **480/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SALAMANCA**

SENTENCIA: 00480/2018

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

**Teléfono:** 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

**Correo electrónico:**

**N.I.G.** 37274 42 1 2017 0002665

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000131 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.8 de SALAMANCA

**Procedimiento de origen:** F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000455 /2017

Recurrente: Cayetano

Procurador: RAFAEL CUEVAS CASTAÑO

Abogado: CARLOS MIGUEL BELMONTE FERNANDEZ

Recurrido: Victoria

Procurador: MARIA ELENA JOSEFA JIMENEZ RIDRUEJO AYUSO

Abogado: MARIA TERESA MARTIN YUSTE

**SENTENCIA Nº 480/18**

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA M<sup>a</sup> LUISA MARRO RODRIGUEZ

DOÑA M<sup>a</sup> CARMEN BORJABAD GARCÍA

En la ciudad de Salamanca a cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento de Guarda y Custodia Nº 455/17 del Juzgado de Primera Instancia Nº 8 (Familia) de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 131/18**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante **DON Cayetano** representado por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño y bajo la dirección del Letrado Don Carlos Miguel Belmonte Fernández y como



demandada-apelada **DOÑA Victoria** representada por la Procuradora Doña Elena Jiménez-Ridruejo Ayuso y bajo la dirección de la Letrada Doña María Teresa Martín Yuste y siendo parte el **MINISTERIO FISCAL**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 29 de noviembre de 2017 por la Sra. Magistrada- Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Desestimo en parte la demanda presentada por Don Cayetano , representado por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño frente a Doña Victoria , representada por la Procuradora Doña Elena Jiménez Ridruejo Ayuso, y, sin hacer condena en costas a ninguna de las partes, DISPONGO las siguientes medidas derivadas del cese de su convivencia en relación a la menor Beatriz , nacida el NUM000 de 2016:

a) - La guarda y custodia de Beatriz se atribuye a la progenitora Doña Victoria , ostentando ambos progenitores la patria potestad.

b) - Se atribuye a la madre el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE000 número NUM001 en Salamanca, y el ajuar domestico que en ella se encuentre.

c) - Hasta que la menor tenga 18 meses, y a falta de acuerdo de sus progenitores, la menor estará en compañía de su padre los martes y jueves de 17:00 a 20:00 horas y los fines de semana alternos, sábados y domingos de 12:00 horas a 20:00 horas.

d) - Cundo cumpla 18 meses se establece el de dos tardes entre semana que, si no hay acuerdo, se fija los martes y jueves desde las 17:00 horas a las 20:00 horas y fines de semanas alternos, desde el viernes a las 17:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas, recogiénola y entregándola en el domicilio materno.

e) - Las vacaciones de verano de julio y agosto se dividirán por semanas alternas hasta que la menor tenga tres años, después se dividirán por quincenas alternas los meses de julio y agosto. La madre elegirá en los años pares y el padre en los impares

f) - La mitad de las vacaciones de navidad, que se repartirán en dos periodos que van, el primero desde el día 23 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día treinta de diciembre a las 20:00 horas y el otro desde este día y hora hasta el siete de enero a las 20:00 horas. La madre elegirá en los años pares y el padre en los impares.

g) - La mitad de las vacaciones de semana santa. La madre elegirá en los años pares y el padre en los impares.

h) - El día del cumpleaños de la menor y el día de Reyes el progenitor que no tenga a su hija en su compañía podrá estar con el/ella durante unas horas, desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas.

i) - De igual forma el día del padre o el día de la madre la menor podrá estar con el progenitor que celebre tal día desde las 16:00 horas a las 20:00 horas.

j) - En concepto de alimentos a favor de su hija Don Cayetano ingresará, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c designada por la Sra. Victoria , la cantidad de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES (200,00 euros/mes). La cantidad indicada se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

k) - Ambos abonaran más la mitad de los gastos extraordinarios que no cubra el sistema público de salud o de educación, siempre que sean consensuados fehacientemente antes de contraerlos. En caso de discrepancia lo someterán a decisión judicial. "

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando 1º la nulidad de actuaciones y 2º subsidiariamente, para el caso de no estimarse la anterior petición, se dicte sentencia por la que se revoque la resolución recurrida en todos sus extremos, y se dicte otra por que decrete la estimación de la demanda en los términos solicitados en el suplico del escrito de demanda, con expresa imposición de todas las costas causadas a la contraparte. Solicita practica de prueba.

Dado traslado de dicho escrito, por la representación jurídica de la parte contraria se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se dicte sentencia por la que desestime el recurso de apelación, y se confirme íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito interesando se desestime el recurso de apelación.



3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo, pasando los autos a la Sala para resolver sobre la admisión de la prueba solicitada por la parte apelante, dictándose Auto el 2 de abril de 2018, por el cual no se admitía la prueba documental y testifical, pero sí la prueba pericial, la cual se practicó con el resultado que obra en el presente Rollo; y señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **once de octubre de dos mil dieciocho**, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ**.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Por la representación procesal del demandante, Cayetano, se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 8 (Familia) de esta ciudad, con fecha 29 de noviembre de 2018, la cual, desestimando en parte la demanda promovida por el mismo contra la demandada, Justa, y con intervención del Ministerio Fiscal, dispone las siguientes medidas en relación a la menor Beatriz, nacida el NUM000 de 2016: a) la guarda y custodia de la menor se atribuye a la madre, ostentando ambos progenitores la patria potestad; b) se atribuye a la madre el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM001 en Salamanca, y el ajuar doméstico que en ella se encuentre; c) hasta que la menor tenga 18 meses, y a falta de acuerdo de sus progenitores, la menor estará en compañía de su padre los martes y jueves de 17 a 20 horas y los fines de semana alternos, sábados y domingos de 12 a 20 horas; c) cuando cumpla 18 meses se establece el de dos tardes entre semana que, si no hay acuerdo, se fija los martes y jueves desde las 17 horas a las 20 horas y fines de semana alternos, desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas, recogiéndola y entregándola en el domicilio materno; e) las vacaciones de verano de julio y agosto se dividirán por semanas alternas hasta que la menor tenga tres años, después se dividirán por quincenas alternas los meses de julio y agosto, la madre elegirá en los años pares y el padre en los impares; f) la mitad de las vacaciones de Navidad, que se repartirán en dos periodos que van, el primero desde el día 23 de diciembre a las 12 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20 horas y el otro desde este día y hora hasta el siete de enero a las 20 horas. La madre elegirá en los años pares y el padre en los impares; g) la mitad de las vacaciones de semana santa. La madre elegirá en los años pares y el padre en los impares; h) el día de cumpleaños de la menor y el día de reyes el progenitor que no tenga a su hija en su compañía podrá estar con ella durante unas horas, desde las 16 hasta las 20,00 horas; i) de igual forma el día del padre o el día de la madre la menor podrá estar con el progenitor que celebre tal día desde las 16 horas a las 20 horas; j) en concepto de alimentos a favor de su hija, el padre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c designada por la madre, ingresará la cantidad de 200 euros mensuales. La cantidad indicada se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya; k) ambos abonarán más la mitad de los gastos extraordinarios que no cubra el sistema público de salud o de educación, siempre que sean consensuados fehacientemente antes de contraerlos. En caso de discrepancia lo someterán a decisión judicial.

Todo ello sin imposición de costas.

Y se interesa en esta alzada por el referido recurrente la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra por la que se acuerde: 1º- Declarar la nulidad de actuaciones, incluida la nulidad de la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017, reponiendo los autos al momento anterior a su dictado, sin necesidad de retrotraer el procedimiento a momentos procesales anteriores, por tanto, con validez del acto del juicio celebrado, acordando la continuación de dicho acto con la práctica de las pruebas propuestas y no practicadas en la forma que se detalla en el otrosí digo primero del presente recurso, pero ante el propio Juzgado de Primera Instancia; 2º- subsidiariamente, para el caso de no estimarse la anterior petición, se decrete la estimación de la demanda en los términos solicitados en el suplico del escrito de demanda, con expresa imposición de todas las costas causadas a la contraparte y demás pronunciamientos que le son inherentes.

Y como fundamento de tal pretensión revocatoria de la sentencia de instancia se alegan por la defensa del demandado recurrente los motivos intitulados del modo siguiente: 1º- *Vulneración de los arts. 265, 281, 283, 299 y 338 de la LEC y art. 24 CE, con las decisiones adoptadas por el juez a quo en la vista del juicio. Indefensión de normas o garantías procesales. Indefensión*; 2º- *Fondo del asunto. Error en la determinación de los hechos controvertidos que se contienen en la sentencia de instancia. Vulneración del art. 92 y concordantes del CC y la jurisprudencia que los interpreta. Error en la valoración conjunta de la prueba por aplicación indebida del art. 217 de la LEC*; 3º- *Necesidad de prueba en segunda instancia.*

**SEGUNDO.-** Como acaba de exponerse, el primero de los motivos de impugnación se fundamenta en la infracción de normas y garantías procesales consagradas en la CE y, en concreto, de las contenidas en el artículo 24. 1 y 2 de la misma, y en diversos preceptos de la LEC. Y se alega por la defensa del recurrente en



apoyo del indicado motivo de impugnación, que tal vulneración se produjo en el acto de la vista del juicio al denegarle la juez a quo determinados medios de prueba que propuso para dilucidar el objeto del proceso, que no era otro que el del establecimiento de una guarda y custodia compartida o bien de guarda a favor de la madre, con régimen de visitas del padre, etc.

Propuestas de prueba, todas ellas, se dice aptas para reflejar la capacidad por su parte para obtener la custodia compartida, muy apropiada y beneficiosa con respecto a hijos menores de corta edad, tales como documental consistente en certificado de los resultados derivados de convocatoria de una determinada oposición, nóminas de trabajos realizados por su parte durante los meses de julio a septiembre de 2017, de video grabado con escenas cotidianas de la menor con su padre y abuelos paternos..., informe de UNICEF, etc., así como pericial consistente en la aportación de un informe pericial realizado por el Centro de Mediación familiar y atención psicológica "DECIDA", que constituiría una prueba técnica cualificada, con rechazo de la comparecencia como testigos-peritos de los autores del informe, como especialistas en el tema y, por último, la testifical del padre y hermana del recurrente (abuelo y tía de la menor)...; no habiéndosele permitido usar de unas pruebas legítimas y pertinentes, con la consiguiente indefensión, para poder acreditar y valorar la atención que como progenitor ha prestado siempre a la hija, así como su implicación en su cuidado, lo que es relevante para valorar el interés del menor y el establecimiento del régimen de custodia compartida, etc.

Pues bien, sin desconocer la importancia y trascendencia que en nuestro ordenamiento jurídico tiene para el justiciable utilizar en cualquier tipo de proceso los medios de prueba pertinentes, claro está, que sean propuestos en la forma y el momento legalmente establecidos, es decir, con los requisitos procesales dispuestos al efecto y siempre que los mismos sean relevantes para la decisión final del litigio, así como que el derecho al empleo de las pruebas pertinentes está comprendido en el aludido derecho a la tutela judicial efectiva, y que el rechazo de un medio de prueba propuesto por cualquiera de las partes ha de venir suficientemente motivado y previa valoración de su idoneidad y pertinencia, etc., (por todas, SSTC 165/2001, de 16 de julio y 136/2007, de 4 de junio), sin embargo, el motivo debe venir desestimado.

Más allá de que, efectivamente, la utilidad y/o pertinencia de las diversas pruebas propuestas que se dicen, a los fines pretendidos, sea mayor o menor, sobre manera algunas de ellas, como el interrogatorio de abuelo y tía de la menor, etc., es lo cierto que, aun inadmitida la práctica de dichas pruebas en la instancia, a la postre, ninguna indefensión formal o material para el recurrente se ha producido con ello, porque, finalmente, se han puesto en juego los mecanismos legales que le ofrecen diversos preceptos de la LEC y la prueba más trascendente rechazada en la instancia ha sido materializada en esta alzada, merced a su petición de prueba en el propio escrito de recurso, con la motivación explicitada en su motivo tercero, cuyo análisis ya es innecesario.

En efecto, por Auto de esta misma Audiencia de 2 de abril pasado, se declaró pertinente la prueba pericial instada por el recurrente respecto del informe realizado por el Centro "DECIDA", con el añadido de su ratificación y aclaración como testigos-peritos de las autoras de dicho informe, lo que se llevó a cabo en la correspondiente vista pública con contradicción, así como se acordó de oficio la práctica de prueba pericial del Equipo psicosocial de los Juzgados, para nuevo informe sobre la capacidad de cada progenitor para la atribución de la guarda y custodia de la menor, también materializada en la misma vista pública, con el resultado conocido por las partes litigantes...

Con estos antecedentes, no puede mantenerse ya violación de dicho derecho fundamental, en cuanto que, realmente, además de que las pruebas, definitivamente, denegadas o impracticadas (documental y testifical) no se presentan decisivas en términos de defensa y no se justifica ese carácter decisivo para el éxito de su posición, lo que es exigible jurisprudencialmente, (así, SSTC 70/2002, de 3 de abril y 121/2004, de 12 de julio, por citar alguna), de haberse producido, finalmente, alguna clase de indefensión, se ha conjurado con lo que si es más decisivo, tal que la práctica material de dos pruebas periciales referidas al punto de controversia en esta segunda instancia.

Es de obligada desestimación la solicitud o petición de nulidad de sentencia y/o actuaciones, -asimismo por deberse acoger los argumentos que la parte demandada expone en la alegación segunda de su escrito de oposición al recurso-, y debe entrarse en la pretensión, que se califica de subsidiaria, relativa al establecimiento sobre la hija común de los litigantes, nacida el NUM000 -2016, del régimen de guarda y custodia compartida por periodos semanales, comenzando cada uno de los periodos el viernes, vacaciones por mitad, sin fijación de pensión de alimentos, gastos extraordinarios por mitad, etc.

**TERCERO.-** El motivo segundo, en el que se denuncia por la defensa del recurrente la inadecuada valoración del interés del menor conforme a los parámetros jurisprudenciales, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la guarda y custodia compartida, como regla general a aplicar, y a los requisitos necesarios para el establecimiento de la misma a petición de uno solo de los progenitores, merece el análisis propio, puesto que en su base se pretende la revocación de la sentencia impugnada y que se dicte otra



acordando la custodia compartida del demandante y de la demandada respecto del hijo del matrimonio, estableciendo la regulación y consecuencias que se consignan en el propio escrito de interposición del recurso de apelación, con remisión a la demanda.

En resumen, la queja del apelante pasa por considerar que en la sentencia recurrida se contiene, simplemente, una referencia genérica al interés de la menor, pero sin justificación alguna del porqué se deniega la custodia compartida, concurriendo, como concurren, en este caso, los presupuestos para acordarla..., dado que la situación de los jóvenes padres es similar, -con un nivel económico y laboral casi idéntico-, con domicilio en la misma localidad, con similar ayuda familiar de padres, sin que entre ellos exista ningún tipo de violencia, ni conflicto insalvable, con fluidez en sus relaciones en lo que toca a los intereses de la menor, y por su parte la capacidad e idoneidad para desempeñar sus funciones de padre y de ocupación de su hija están acreditadas y son iguales a las de la madre, resultando beneficiosa para la menor la convivencia con el padre y los abuelos paternos, sin que esta convivencia de la menor con su padre y abuelos pueda tildarse de perniciosa para la niña, etc., etc.

Pues bien, para dar contestación a estos motivos, hemos de partir de lo dispuesto en el apartado 8 del art. 92 del CC, en la redacción dada al mismo en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que dispone lo siguiente:

*"8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor..."*

Y de que con relación a los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial en orden al otorgamiento de la guarda y custodia compartida, en la sentencia, entre otras, de esta misma Sala de 13 de enero de 2015 (Rollo nº 428/14), ya se consignaban y exponían, copiosamente, los siguientes:

a.-) En la sentencia de 28 septiembre 2009 (RJ 2009, 7257), se interpretó el art. 92 CC en el sentido siguiente: "[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" ( artículo. 92. 9 CC ). *Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1 , 2 LECiv . Además, en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"*.

b.-) La STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión "excepcional", contenida en el art. 92. 8 CC en el sentido de que *"La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92. 8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92. 8 CC , ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla"* ( STS de 25 de abril de 2014).

c.-) En orden a los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, en la sentencia de 8 octubre 2009, (RJ 2009, 4606), se señaló que *"[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo*



*cuando los progenitores conviven" . Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior" ( STS de 9 de marzo de 2012) .*

d.-) En la STS de 29 de abril de 2013 se declara 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; convirtiéndose sólo en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, sin embargo, en la más reciente STS de 30 de octubre de 2014, se afirmaba que *"esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*.

e.-) En la STS de 7 de junio de 2013 se afirmó que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, convirtiéndose sólo en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, sin embargo, en la posterior de 30 de octubre de 2014, se puntualizó que *"esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*.

Y, ciertamente, ahora debemos añadir que las aún más recientes y citadas por los litigantes sentencias de dicha Sala 1ª del TS, de 26 de junio y 17 de julio de 2015, que compendian la doctrina anterior, inciden en que la custodia compartida no es una medida excepcional, sino que ha de venir considerada como normal e incluso deseable, etc., pero con el matiz importante que añaden tales resoluciones de que ello debe ser así *siempre que ello sea posible y encuanto sea, etc.*, lo que significa y presupone, al entender de este Tribunal, que dicha custodia compartida no es de aplicación *automática, indiscriminada y absoluta*, y que, lo haya declarado con mayor o menor acierto el juzgador a quo en la sentencia de instancia al hablar de "excepciones" a la regla general, lo que no puede obviarse y no tener en cuenta es el análisis de las circunstancias y parámetros que revelarán, en cada caso concreto, qué satisface mejor el interés del menor, -que es de lo que se trata-, si dicho régimen de custodia compartida u otro distinto, que en eso se traduce el si el primero de ellos es o no posible en su establecimiento, a la vista de tales datos y circunstancias fácticas objeto de valoración, como las relaciones anteriores de los progenitores con el menor, sus aptitudes personales, los deseos del menor, el resultado de los informes exigidos legalmente, etc.

**CUARTO.-** Y, en aplicación de la precedente doctrina jurisprudencial, ha de revocarse, con los matices de tiempo que quedarán descritos más adelante, la decisión del Juzgado, que denegó el establecimiento de la guarda y custodia compartida solicitada por el demandante recurrente respecto de su hija María (nacida el 3-8-2016) habida con la demandada, pues, efectivamente, se constata en la sentencia de instancia la infracción de doctrina que se denuncia por el recurrente.

En este sentido, en primer término, es de reseñar que la sentencia de instancia (fundamento de derecho segundo), para denegar la custodia compartida, resume sus razonamientos, en indicar que la madre demandada cuenta con trabajo (jornada laboral de 30 horas), con unos ingresos de 7,54 euros hora, residiendo con su hija en una vivienda propiedad de su familia, sin abono de renta alguna, mientras que el demandante, actualmente, no trabaja, percibiendo una ayuda de 426 euros, residiendo con sus padres y una hermana en la vivienda de aquellos; y destacando la existencia de una mala relación entre los progenitores, siendo los abuelos paternos y la hermana del actor quiénes recogen a la menor, etc.

En definitiva, la residencia del recurrente con sus padres, la carencia de trabajo y de vida independiente, sin propio espacio, se dice, dificultaría o impediría la educación y desarrollo evolutivo de la menor y desaconsejaría dicha custodia compartida...

Dicho esto, si hemos de convenir en que la bondad de la custodia compartida debe valorarse atendiendo a que sea el instrumento más adecuado para la concreta situación familiar, siempre teniendo como horizonte lo más beneficioso para la menor (en sus aspectos emocionales, afectivos, intelectuales y psíquicos), -es decir, cuando sus beneficios se señalan que pasan por el fomento de la integración de los menores con ambos padres, evitando los desequilibrios en los tiempos de presencia y el sentimiento de pérdida, no cuestionamiento



de la idoneidad de los progenitores y estimulación de la cooperación de los padres, en beneficio de los menores-, teniendo en cuenta las respectivas disponibilidades de demandante y demandada para la dedicación a su cuidado y atención, habremos de preguntarnos si son razones suficientes para denegarle al apelante la custodia compartida que interesa, por desaconsejable para el interés superior de su hija (su educación, desarrollo evolutivo, en lo emocional y en lo afectivo, etc.), el hecho de que carezca de independencia laboral y/o personal, al residir en el domicilio familiar de sus padres y con su hermana, etc., etc., cuando los requisitos jurisprudenciales para su fijación, como es sabido, son los de la práctica anterior a la ruptura y aptitudes de los padres para el cuidado de los hijos, el número de hijos y el deseo de los mismos, la distancia entre los domicilios, el cumplimiento de los deberes como padres, la disponibilidad de una vivienda adecuada, los horarios laborales y posibilidad de conciliación, la relación entre los progenitores y el resultado de los informes técnicos...

Sin perjuicio de añadir que no estamos ante una lista cerrada, y que cualquier circunstancia relevante para la vida de los hijos puede ser tenida en cuenta a la hora de valorar si la custodia compartida es la mejor opción.

Pues bien, de las probanzas actuadas en el presente pleito (fundamentalmente, los informes o pericias del Equipo psicosocial de los Juzgados y de las Psicólogas del Centro "Decida", practicadas en esta alzada, y a las que nos referiremos más adelante, por la flagrante contradicción en sus consideraciones al respecto), lo que cabe concluir, a diferencia de lo establecido en la sentencia de instancia, es que no concurren suficientes y decisivas razones de peso que confluyan en afirmar, en un futuro próximo, como desaconsejable o inconveniente para el integral desarrollo de la menor afectada, una situación de custodia compartida, lo que, por sí solo, determinaría que haya de revocarse la decisión del Juzgado, aceptando sustancialmente, en consecuencia, la pretensión del recurrente.

Lo que no podemos olvidar y perder de vista es que, actualmente, la custodia compartida se considera por parte de los tribunales el régimen *normal y deseable* para los hijos, siempre que este sea posible, abandonando su carácter excepcional y reducido a los supuestos de mutuo acuerdo. Esto es, que se ha superado su consideración excepcional, lo que en la práctica se traduciría en que judicialmente fuese muy complicada su concesión, salvo acuerdo de los padres, y aunque su concesión no es automática, a la postre, debe partirse de que su atribución tiene como eje fundamental el interés del menor, y de que objetivamente debe ser lo normal y lo deseable, eso sí, siendo factible y viable en el caso concreto.

Y es aquí donde entran en juego los enumerados requisitos para pedir la custodia compartida, que, son, más bien, criterios o factores que debemos de tener en cuenta y que deben interpretarse a la luz del caso particular.

De principio, en nuestro caso, no puede hablarse de un verdadero modelo de convivencia existente al tiempo previo a la separación o ruptura, como pareja, de los litigantes, porque la corta edad de la menor en el momento de la misma (era un bebé de 4 meses de edad), no indica factor alguno a tener en cuenta. Y no tenemos noticia cierta de la práctica previa a la ruptura y aptitudes personales de ambos y de cómo se desarrollaba la relación parental antes de la ruptura.

Es verdad que la dedicación a la educación y la crianza es importante a la hora de valorar la implicación futura que tendrá el progenitor que solicita la custodia compartida y que se precisa de un compromiso y una participación activa en la vida de los menores, así como capacidad para llevarla a cabo.

De otra parte, no puede aceptarse que sea determinante o concluyente para rechazar la custodia compartida, por negativa para la menor, la convivencia del demandante con sus padres y el que no goce éste de trabajo remunerado, al percibir subsidio de desempleo, etc., como tampoco viene justificado, de modo bastante, una mala relación de ambos padres, hasta el punto de que lo sea con falta de respeto, o que presente factores que perturben el desarrollo emocional de aquélla.

Quiere decirse, sobre esto último, que siendo necesario que exista una actitud de respeto y comunicación razonable entre los progenitores, pero sin exigencia de una relación sin fisuras, o una especial buena relación, porque la clave está en que la existencia de conflictos y diferencias entre los progenitores no se traslade a los hijos, dado que la relación entre los padres sólo es relevante en la medida en la que perjudique a los menores, a su estabilidad y a su desarrollo emocional, aquí nada consta como negativo en este punto, ni se trate de un supuesto de violencia o malos tratos en el ámbito familiar.

Tampoco consta que, a día de hoy, concurra una falta de cumplimiento de las obligaciones como padre, por parte del demandante, ni desinterés hacia la hija, incumplimiento de las visitas, ausencia de relación, no atender sus necesidades, no abonar las pensiones de alimentos, como factores determinantes que podrían excluir la custodia compartida; ni se ha puesto de manifiesto una distancia excesiva de los domicilios, al deber tenerse en cuenta que la custodia compartida sea cómoda para los hijos y no los altere en su perjuicio.



Aun con la limitación dicha en el caso del recurrente, ambos progenitores disponen de una vivienda adecuada para acoger a la menor, sin que nos encontremos ante el supuesto de la alternancia en el que era el domicilio familiar (casa nido), de por sí menos frecuente y poco recomendable.

No se justifica debidamente que el padre en el domicilio de sus padres no disponga de una habitación que satisfaga las necesidades de su hija.

Y si han de valorarse las obligaciones laborales de uno y otro y la posibilidad de conciliar vida laboral y familiar y tener en cuenta a la hora de valorar la posibilidad real de dedicar tiempo al cuidado de los menores y de cumplir con los periodos de estancia, horarios escolares etc., esto es, si es importante considerar los horarios laborales, turnos, libranza, teletrabajo, etc., así como la existencia de una red familiar o de apoyo para cubrir ausencias, en este apartado no se le pueden poner serias objeciones al demandante.

**QUINTO.**- Es cierta, palmaria y evidente la contradicción entre el informe de "DECIDA", favorable a las tesis del recurrente, y el del "Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados", que lo es desfavorable; y de partida, es de reconocer que los informes técnicos de los equipos psicosociales de los propios juzgados, los solicitados por las partes, así como la posición del Ministerio Fiscal, que interviene de manera obligada en estos procesos, han de ser tenidos en cuenta por el juez para valorar su conveniencia, pero sin que ninguno de ellos tenga carácter vinculante.

Aunque los informes psicosociales se pronuncian sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la custodia de los menores, no es obligatorio contar con un informe psicosocial para que sea concedida la custodia compartida, y por sí solos no son prueba suficiente para valorar la opción que más conviene al menor.

Una cosa es que sean importantes y faciliten mucho la labor al juez, pero otra el que deban ser valorados junto con el resto de circunstancias y extremos fácticos que concurren en el caso, para que la decisión sea la más favorable para el menor.

Justamente, para la Sala, ninguna de ambas pericias es satisfactoria, como tampoco lo fueron las explicaciones de las informantes en el acto de la vista (las psicólogas Sras. Carolina y Celsa, de "Decida"; y la psicóloga y trabajadora social del Equipo, Sras. Crescencia Y Daniela), y no lo fueron las de las primeras, por contener demasiadas consideraciones de carácter general, por incompletas y basarse, exclusivamente, en las informaciones ofrecidas por el progenitor recurrente y en su exploración y entrevistas mantenidas con él, siendo a partir de estas comunicaciones o información de la que deducen sus habilidades, capacidad e idoneidad para cumplir con sus funciones y obligaciones parentales, de lo que, a priori, a salvo de prueba en contra, no hay por qué dudar.

Y es indubitado que en su informe y ampliación, ni se contiene, ni podía contenerse, evaluación alguna de las circunstancias concurrentes en la progenitora custodia, dado que la exploración solo se mantuvo con el no custodio, y a su petición.

Más, de otra parte, el Equipo no justificó racionalmente la conclusión de falta hipotética de capacidad psicoeducativa del apelante para la crianza y educación de su hija, o la existencia de problemas de comportamiento o psicopatológicos o sociales incapacitantes para el ejercicio de funciones paternas, ni el porqué de una supuesta ausencia de motivación por su parte con relación al ejercicio de la custodia, y de información de las necesidades de su hija (se puso como ejemplo, el desconocimiento del periodo de vacunas), o acerca del capital extremo de que viene guiado por primar sus intereses egoístas como padre, con subordinación de los de la menor, etc.

En todo caso, no se puso en cuestión de modo rotundo el que el recurrente presenta capacidades suficientes para el ejercicio de la custodia compartida.

En conclusión, no cree este Tribunal concurren en el caso situaciones por las que no se deba otorgar la custodia compartida al apelante, tales que su falta de aptitud, su imposibilidad para hacerse cargo de su hija por su trabajo o su situación personal, la mala o poca relación con su hija, la imposibilidad de atenderla por carecer de medios materiales (domicilio en condiciones, malas compañías...) y, en consecuencia, no se deja de respetar, al revocarse la sentencia y estimarse la demanda en este punto, y valorar el interés del menor, que no siempre equivale a que la guarda y custodia sea compartida tal y como exponen las mentadas por la demandada SSTS de 13 de junio y 27 de junio de 2017; quedando aplicado aquí correctamente el principio de protección del interés de la menor María, a la vista de los hechos probados en el procedimiento.

Ahora bien, como anticipamos, un matiz de orden temporal ha de venir asentado.

Considera la Sala que el momento de entrada en vigor y eficacia del régimen de custodia compartida que se declara en esta sentencia, ha de diferirse al de cumplimiento por la menor Beatriz de tres años de edad (en agosto de 2019), por las razones que pasan a exponerse brevemente.





Los estudios en materia de infancia revelan que hasta los 24 meses, el niño se encariña de los adultos que se ocupan más a menudo de él, ya que esta relación, que se teje a lo largo del tiempo a través de los contactos físicos y los olores familiares, le permite desarrollarse, siendo lugar común el de que el bebé se encariña de los dos progenitores, pero existe una jerarquía: la madre es el primer referente de seguridad del niño hasta los 2/3 años. Un menor de esa edad es demasiado pequeño para comprender lo que pasa y careciendo de todas las capacidades cognitivas para poder manejar la separación de los padres, todavía no puede guardar en la memoria la imagen tranquilizadora de su madre más de unos pocos días, etc.

De otro lado, existiendo, a día de hoy, un régimen con un amplio sistema de visitas y estancias con el padre (de fines de semana alternos, y dos días entre semana), es deseable y conveniente introducir el nuevo sistema de custodia compartida con previsión y de modo progresivo, poco a poco, en razón de que un cambio demasiado brusco puede crear un sentimiento de inseguridad en la niña. Se trata de que siga viviendo de momento en un solo lugar durante un tiempo y luego, progresivamente, ir pasando más días y noche en casa del otro progenitor, hasta llegar a esa fecha de semanas alternas con cada progenitor y mitad de vacaciones, etc.

Cuando la edad se ha considerado un freno a la custodia compartida, se ha optado por posiciones intermedias que evolucionen hacia la misma, recurriéndose al régimen progresivo, esto es, fijándose una custodia monoparental materna que vaya aumentando en días y pernocta con el padre hasta que se alcance y normalice una custodia compartida a partir de una cierta edad.

Téngase en cuenta que la custodia compartida es particularmente controvertida cuando nos encontramos con niños muy pequeños y que si bien no está establecida una edad a partir de la cual pueda establecerse, sí es cierto que el caso de los bebés, particularmente con lactancia materna, o niños de muy corta edad (hasta los 3 años) son los que más inconvenientes plantean, y solo de seguro a partir de esta última edad cesan los mayores inconvenientes para la custodia compartida (así, por ejemplo, la SAP de Tarragona, de 17-10-2014, que acordó aumentar progresivamente la estancia con el padre para pasar a la custodia compartida a partir del momento en el que menor cumplía 3 años; o la SAP Zaragoza, de 12-4-2016, en la que de manera análoga a la anterior, se optó por un régimen progresivo, considerando que con un año y medio no es oportuna la custodia compartida, pudiendo establecerse a partir del momento en el que cumpla 3 años).

Así pues, en la praxis judicial es muy frecuente considerar que la edad recomendada para la custodia compartida de los niños se puede situar en los 3 años, aunque no sea un criterio uniforme y, en realidad, dependa de cada caso, teniéndose en cuenta la mayor o menor dependencia de la madre, horarios y rutinas propios de un bebé, etc.; y en el presente supuesto, al no contar con mayores precisiones se respeta el criterio de aquellas resoluciones que acaban de extractarse.

Y aunque es sabido que con la custodia compartida la pensión alimenticia no desaparece, debiendo cada progenitor contribuir a los gastos de los menores en función de su capacidad económica, no necesariamente al 50% con motivo de la custodia compartida, de manera que la pensión de alimentos seguirá siendo necesaria en la custodia compartida si existe una desproporción en los ingresos o bien una de las partes no perciba rendimiento alguno; es obvio que no procede fijar para ninguno de los litigantes pensión alimenticia alguna; sin perjuicio de establecer que ambos han de satisfacer por mitad los que jurisprudencialmente vienen señalados como gastos extraordinarios.

**SEXTO.-** Al ser estimado, al menos en forma sustancial, el recurso de apelación no procede hacer pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta segunda instancia, conforme a lo establecido en el artículo 398. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con devolución a la recurrente del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consideración a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

## FALLAMOS

Estimando sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante, **Cayetano**, representado por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño, revocamos la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez sustituta del Juzgado de 1ª Instancia número 8 (Familia) de esta ciudad, con fecha 29 de noviembre de 2017, en el procedimiento de Guarda y Custodia núm. 455/2017 del que dimana el presente Rollo, en el sentido de estimar, sustancialmente, la demanda formulada por el mismo frente a la demandada, Victoria, representada por la Procuradora Dª Justa, decretando que, correspondiendo a ambos litigantes la patria potestad de su hija Beatriz, con acuerdo mutuo sobre los extremos que afecten a la salud, educación, crianza, etc., de la menor, etc., a partir del cumplimiento de tres años por parte de la misma (el 3-8-2019), regirá el



régimen de custodia compartida, por periodos semanales para cada progenitor (semanas alternas, comenzado cada uno de los periodos el viernes a la hora de terminación de las clases o de las actividades extraescolares en el Centro de estudios, o en defecto de este horario a las 16, 00 horas de dicho día.

El progenitor al que corresponda convivir con la menor en cada periodo semanal deberá recogerla en el centro de estudios o en su caso en el domicilio donde resida en ese momento el viernes por la tarde con arreglo al horario fijado por el centro o en su defecto a las 16:00 horas. Si por enfermedad leve u otra circunstancia excepcional la menor no hubiera acudido ese viernes al centro de estudios hasta la hora de recogida, ésta se efectuaría en el domicilio paterno o materno en el que hubiese estado residiendo la semana anterior. Las recogidas podrán ser delegadas en terceras personas designadas por el progenitor respectivamente conviviente. Y los progenitores habrán de informarse mutuamente con antelación razonable del destino, dirección concreta de estancia y número de teléfono de localización en los supuestos de viajes dentro del territorio nacional, así como del estado de salud y tratamientos incluso en los casos de enfermedad leve).

Cada progenitor a partir del comienzo de la vigencia del régimen de custodia compartida, en agosto de 2019, satisfará directamente las atenciones

ordinarias de la menor durante el tiempo que permanezcan en su compañía y no procederá el abono de prestación periódica alguna entre progenitores; si bien, los gastos extraordinarios serán abonados por ambos progenitores por mitad.

Se entienden por tales los imprevistos y que no tengan un devengo periódico, como gastos de enfermedad, hospitalización, tratamientos

especiales, odontología, ortodoncia u óptica, o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores, actividades extraescolares o de apoyo académico, cursos fuera del centro escolar, etc.

Salvo urgencia inaplazable, los progenitores deberán notificarse previamente el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación por ambos entendiéndose que la falta de contestación a la notificación del gasto en el plazo de ocho días naturales implica la conformidad con el mismo. A falta de acuerdo o de resolución judicial que lo ampare, el gasto será a cargo de quien haya decidido la actividad o el hecho que lo genere, sin que tal decisión unilateral pueda en ningún caso alterar el régimen pactado de alternancia en la convivencia.

Y todo ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias y con devolución al recurrente del depósito constituido.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.