

Roj: **STS 161/2017 - ECLI:ES:TS:2017:161**Id Cendoj: **28079110012017100035**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/01/2017**Nº de Recurso: **3299/2015**Nº de Resolución: **23/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 4083/2015,**
STS 161/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de enero de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 489/2015 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio sobre guarda y custodia núm. 489/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Liria (Valencia); recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Roque, representado por el procurador del turno de oficio D. Carlos Moya Valdemoro, bajo la dirección letrada de Dña. María Amparo Tortajada Gasent, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador del turno de oficio D. Francisco Fernández Rosa en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Concepción representada por el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Sergio Yuste Navarro y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La procuradora Dña. María José Sebastián Fabra, en nombre y representación de Dña. Concepción, interpuso demanda de juicio verbal sobre solicitud de adopción de medidas paterno-filiales y económicas contra D. Roque y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que reconociendo la ruptura de la unión paramatrimonial:

1.º) Que la guarda y custodia del menor Andrés, se atribuya a la madre, Doña Concepción, manteniéndose la patria potestad compartida entre ambos.

2.º) Que se fije en concepto de alimentos para el hijo a pagar por el padre, la cantidad de doscientos euros mensuales, cantidad que sufrirá anualmente la misma variación que experimente el IPC y que con arreglo al artículo 148 del Código Civil, se interesa que se fije desde la fecha de la interposición de la demanda.

Del mismo modo, el padre deberá abonar la mitad de los gastos médicos del menor no cubiertos por la Seguridad Social; y los escolares, tales como colegios, matrículas, material, libros, excursiones, profesores particulares, actividades extraescolares, no cubiertos por el sistema público de enseñanza; así como la mitad de los gastos extraordinarios del menor.

3.º) Que, atendiendo al interés del menor, se establezca el siguiente régimen de visitas. Previo a establecer un régimen de visitas resulta necesario la realización de una prueba psicológica al padre a fin de determinar la realidad de su conducta y si el mismo es capaz de poder llevar a cabo una relación paterno filial normalizada



o si las visitas deben ser supervisadas por falta de habilidades parentales del padre o realizada en presencia de un familiar materno, a fin de preservar la integridad psíquica y física del menor, demasiado pequeño para exponerlo a un grave perjuicio.

»De este modo entendemos que procede:

- Realizar una prueba pericial psicológica que determine las habilidades parentales y capacidad del padre para asumir visitas, y en caso de no poseer dichas habilidades, recomendación de una intervención psicológica previa a fin de que elimine los impedimentos.

- Solo en caso que no exista desajuste psicológico en el progenitor y posea habilidades y capacidades parentales, se deberá fijar un régimen de visitas que proponemos a continuación:

C) Primera fase: Hasta que el menor alcance los 3 años de edad:

El padre podrá tener al menor consigo, los fines de semana alternos, los sábados y domingos desde las 10 a las 20 horas, sin pernocta, asumiendo el padre la obligación de recoger y reintegrar al menor al domicilio de la madre.

D) Segunda fase: Una vez el menor alcance los 3 años de edad:

a.- Los fines de semana se disfrutarán alternos, correspondiendo los fines de semana pares a la madre, y los fines de semana impares al padre, y comprenderán desde el sábado a las 10 horas hasta las 20 horas del domingo. El menor será recogido y reintegrado en el domicilio de la madre.

b.- Visitas intersemanales: el padre disfrutará del menor todos los miércoles desde las 17,30 horas hasta las 20 horas, recogiénolo y reintegrándolo en el domicilio materno mientras el menor no acuda al colegio o a la guardería, y desde la salida del colegio o guardería cuando el mismo se encuentre escolarizado.

c.- Vacaciones del menor:

- Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y fallas, se disfrutarán por mitad, estableciéndose dos turnos de idéntica duración, de acuerdo con el calendario escolar, correspondiendo al padre el primer periodo los años impares y el segundo periodo los años pares.

- Las vacaciones de verano, se dividirán en periodos que se repartirán de la siguiente manera:

Se establecen periodos de 15 días alternos en los que cada progenitor disfrutará del menor, comenzando los años pares el disfrute del primer periodo la madre, y los años impares comenzará el disfrute del primer periodo el padre. Los periodos irán desde el día 1 de julio a las 10 horas hasta el día 15 de julio a las 20 horas. Desde el día 15 de julio a las 20 horas hasta las 20 horas del día 31 de julio. Desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a las 20 horas y desde el 15 de agosto a las 20 horas hasta el día 31 de agosto a las 20 horas.

En los anteriores periodos el padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio materno.

Durante los periodos vacacionales, tanto el padre como la madre, podrán comunicarse telefónicamente con los menores tantas veces como lo consideren.

Durante los periodos vacacionales quedará interrumpido el régimen de visitas de fin de semana e intersemanales.

Los periodos de tiempo que medien entre el final del colegio y el inicio de las vacaciones de verano y desde el fin de éstas al inicio del colegio, se disfrutarán en el régimen ordinario».

2.- El fiscal contestó a la demanda suplicando se dictara en su día sentencia:

«Con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

3.- El procurador D. Carlos Moya Valdemoro, en nombre y representación de D. Roque , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se decreten las medidas que a continuación se relacionan:

- A) Que se otorgue la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, de tal forma que el menor pase una semana con cada progenitor.

- La patria Potestad conjunta.

- Que cada progenitor contribuya al mantenimiento del menor cuando esté en su compañía.



- Que se acuerde que ambos progenitores procedan a la apertura de una cuenta bancaria mancomunada donde realizar todos los meses el ingreso de 100.- euros para cubrir gastos del menor.
- Que se establezca un régimen de visitas al hijo, de dos tardes inter semanales para el progenitor que no lo tenga en su compañía esa semana.
- B) Si la madre se opone a la guarda y custodia compartida que se otorgue la guarda y custodia al padre; con un régimen de visitas para la madre de fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, verano y cualquier otro periodo vacacional que pudiera establecerse durante el curso escolar; y quedando ésta obligada a abonar una pensión de alimentos para el hijo de 200.- euros al mes, cantidad que se actualizará anualmente conforme al índice de precios al consumo, interesando se fije desde la fecha de la contestación a la demanda; quedando la madre obligada al pago de la mitad de los gastos médicos del menor no cubiertos por la Seguridad Social; y los escolares como colegios, matrículas, material escolar, libros, excursiones, clases particulares, actividades extraescolares, no cubiertos por el sistema público de enseñanza; así como la mitad de los gastos extraordinarios del menor.
- C) En cualquier resulta necesario la realización de una prueba psicológica a la madre a fin de determinar su conducta y si la misma es capaz de llevar a cabo una relación materno-filial normal, o si al permanecer con el menor puede incitar al niño a no querer estar con su padre y la familia de éste, es decir puede ejercer una alienación parental respecto al padre, puesto que esta parte considera que si ha sido capaz de mentir en el Juzgado diciendo que la vivienda del padre carece de cuarto de baño es capaz de cualquier cosa con tal de que el padre no vea a su hijo.
- Todo ello con expresa condena en costas a la demandada si se opusiere a la presente solicitud».

4.- A este procedimiento se acumula, por decreto de 4 de julio de 2014, los autos 605/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Llíria incoado por demanda de D. Roque , representado por el procurador D. Carlos Moya Valdemoro, solicitando la adopción de medidas personales, guarda y custodia, pensión de alimentos, régimen de visitas y medidas provisionales respecto al menor hijo habido con Dña. Concepción a quien demanda. En el suplico de dicha demanda se solicita:

«Se dicte en su día sentencia por la que se decreten las medidas que a continuación se relacionan:

- Que se otorgue la guarda y custodia compartida a ambos progenitores.
- La patria potestad conjunta.
- Que cada progenitor contribuya al mantenimiento del menor cuando esté en su compañía.
- Que se acuerde que ambos progenitores procedan a la apertura de una cuenta bancaria mancomunada donde realizar todos los meses el ingreso de 100.- euros para cubrir gastos del menor.
- Que se establezca un régimen de visitas al hijo, de dos tardes inter semanales para el progenitor que no lo tenga en su compañía.
- Si la madre se opone a la guarda y custodia compartida que se otorgue la guarda y custodia al padre con un régimen de visitas para la madre y quedando esta obligada a abonar una pensión de alimentos para el hijo de 200.- euros al mes.
- Todo ello con expresa condena en costas a la demandada si se opusiere a la presente solicitud».

En dichas actuaciones consta la contestación a la demanda del Fiscal, en el mismo sentido que la contestación en los autos a los que se acumula y la contestación de la demandada Dña. Concepción representada por la procuradora Dña. María José Sebastián Fabra oponiéndose a la misma y dando por reproducido el suplico de su demanda a la que se acumularon estas actuaciones.

5.- En fecha 22 de julio de 2014 en la pieza de medidas provisionales coetáneas 605/2014 se dicta auto de medidas provisionales con el siguiente fallo:

«Parte dispositiva:

Acordar las siguientes medidas provisionales previas en el procedimiento seguido a instancia de D. Roque contra Dña. Concepción sobre el hijo extramatrimonial de ambos, Andrés :

1º) Queda atribuida la patria potestad compartida, mientras que la guarda y custodia de Andrés se concede a la madre. Se establece un régimen de visitas a favor de Roque consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas y un día intersemanal, miércoles de las 17 horas a las 20 horas. Cada uno de los progenitores disfrutará de la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa,



fallas y verano, eligiendo, caso de discordia, la madre en los años impares y el padre en los pares. La entrega y recogida del menor se hará en el domicilio materno.

2º) Contribución del progenitor no custodio, Roque , en concepto de alimentos a favor de su hijo menor de la cantidad de 120.-? mensuales, en tanto en cuanto no mejore su capacidad patrimonial. Esta cantidad deberá ser satisfecha dentro de los cinco primeros días de cada mes en el número de cuenta corriente que facilite la demandada en el plazo de diez días desde la notificación de este Auto, y que será objeto de revalorización anual conforme experimente el incremento de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

3º) Los gastos extraordinarios necesarios deberán ser satisfechos por mitad previa su acreditación documental por parte de quien los haya realizado. Entendiéndose por gastos extraordinarios necesarios todos aquellos gastos no periódicos que por su entidad no se incluyen en la pensión de alimentos, como los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, así como aquellos otros gastos que por su entidad así se derive. Los gastos extraordinarios no necesarios serán satisfechos por mitad siempre que exista previo acuerdo entre las partes, y previa acreditación documental del mismo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que la misma no es susceptible de recurso».

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Llíria se dictó sentencia, con fecha 22 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. María José Sebastián Fabra, en nombre y representación de Dña. Concepción , y estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Carlos Moya Valdemoro; en nombre y representación de D. Roque , debo acordar y acuerdo las siguientes medidas paterno filiales:

1) Establecimiento de un régimen de custodia progresivo consistente en:

a) A partir del mes de febrero y hasta el mes de junio, incluido, Andrés continuará bajo la guarda y custodia materna, estableciendo el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

- Fines de semana alternos, desde el viernes a las 17 horas hasta el lunes a las 9.00 horas, mientras que el menor no vaya a la guardería las entregas y recogidas se realizarán en el domicilio materno, sin que exista inconveniente en que existiendo el consenso de ambos progenitores las entregas y recogidas puedan efectuarse en el domicilio de la abuela materna del menor; en el caso de que durante estos meses ambos progenitores acuerden que el menor vaya a la guardería, las entregas y recogidas se realizarán en el centro escolar y atendiendo a los horarios de entrada y salida del menor.

- La semana en la que al padre le corresponda régimen de visitas durante el fin de semana, podrá tener al menor en su compañía, la tarde de los miércoles, con pernocta, debiendo recoger a su hijo a las 17 horas y debiendo reintegrarlo el jueves a las 9.00 horas en el domicilio materno, sin que exista inconveniente en que existiendo el consenso de ambos progenitores las entregas y recogidas puedan efectuarse en el domicilio de la abuela materna del menor; en el caso de que durante estos meses ambos progenitores acuerden que el menor vaya a la guardería, las entregas y recogidas se realizarán en el centro escolar y atendiendo a los horarios de entrada y salida del menor.

- La semana en la que al padre no le corresponda estar con su hijo el fin de semana, podrá tenerlo en su compañía los miércoles y jueves, con pernocta, desde las 17 horas del miércoles hasta las 09.00 horas del viernes en que deberá reintegrarlo en el domicilio materno; tal y como se ha señalado en los supuestos anteriores no existe inconveniente en que existiendo el consenso de ambos progenitores las entregas y recogidas puedan efectuarse en el domicilio de la abuela materna del menor; en el caso de que durante estos meses ambos progenitores acuerden que el menor vaya a la guardería, las entregas y recogidas se realizarán en el centro escolar y atendiendo a los horarios de entrada y salida del menor.

b) A partir del mes de septiembre, una vez finalizadas las vacaciones de verano, el menor quedará bajo la guardia y custodia compartida de ambos progenitores, alternándose los tiempos, de estancia con cada progenitor por períodos semanales, de lunes a lunes, produciéndose la entrega del menor en el centro escolar o guardería de tal modo que el progenitor que finalice la semana llevará a su hijo al colegio o guardería el lunes por la mañana y esa misma tarde será recogido por el otro progenitor que permanecerá con el menor hasta el lunes siguiente; para el supuesto de que Andrés no sea escolarizado las entregas y recogidas se efectuarán en el domicilio de los progenitores. Además se establece un régimen de visitas intersemanal, a realizar los



miércoles de todas las semanas, a favor del progenitor no custodio durante la semana, desde la salida del colegio o desde las 17.00 horas hasta las 20.00 horas, hora en la que deberá ser reintegrado en el domicilio del progenitor custodio durante la semana.

c) Los periodos de vacaciones escolares del menor (Navidad, Semana Santa, Fallas), deberá distribuirse por mitad entre ambos padres, según el calendario escolar, eligiendo, en caso de discrepancia, el padre los años pares y la madre los años impares; y respecto las vacaciones de verano, el periodo de vacaciones quedará reducido a los meses de julio y agosto, que, a falta de acuerdo entre los progenitores, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores por semanas alternas durante el verano de 2015; a partir del verano de 2016 podrá distribuirse por quincenas alternas.

2) En materia de alimentos: a) hasta el mes de junio, incluido, el padre abonará a favor del hijo menor de edad una pensión de alimentos por importe de 200 euros, que deberá ser ingresada en la cuenta corriente que sea designada por la madre del menor dentro de los cinco primeros días de cada mes. b) a partir del mes julio, ambos progenitores deberán atender a las necesidades ordinarias de su hijo menor de edad durante la semana en que convivan con ellos, no estableciéndose una pensión de alimentos ordinaria.

En defecto de acuerdo, para satisfacer los gastos ordinarios del menor, tales como gastos escolares, comedor, uniformes, libros, material escolar, ambos padres aperturarán una cuenta designada a tal efecto en la que se domiciliarán los recibos escolares y en la que ambos progenitores deberán ingresar mensualmente y al 50% el importe necesario para atender a dichos gastos, con las especificaciones establecidas en los fundamentos jurídicos de la presente resolución. El resto de los gastos extraordinarios del menor deberá ser satisfecho al 50% por cada progenitor, previa justificación documental.

No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 23 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

Primero.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.^a Concepción .

Segundo.- Revocar la sentencia de instancia para en su lugar acordar la custodia materna de Andrés , ampliando el régimen de visitas con su padre respecto al acordado en el auto de medidas, de modo que además de la mitad de las vacaciones escolares del menor, disfrutará de su compañía todos los fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo y todos los miércoles desde las 17 horas hasta las 13 horas del día siguiente que lo reintegrará a la guardería o centro escolar o a la residencia materna. Manteniendo el resto de las medidas acordadas en el auto de medidas, esto es la contribución a los alimentos del menor en la suma de 120 euros.

Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada.

Cuarto.- En cuanto al depósito consignado para recurrir devuélvase».

TERCERO.- 1.- Por D. Roque se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- En base al art. 469,1 , 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia según el art. 218,1 , 2 de la LEC , en relación con el art. 1.7 del Código Civil , que deducidas, es decir congruentes, exigiendo así mismo su debida motivación, art. 120.3 de la Constitución Española y art. 465.5 de la LEC respecto a sentencias dictadas en recurso de apelación.

Motivo segundo.- En base al art. 469, 1 , 2.º de la LEC .- Por infracción de los arts. 216 , 217 y 218 de la LEC , en relación con el art. 752 de la misma Ley .

Motivo tercero.- En base al art. 469.1 , 4.º de la LEC .- Infracción de norma aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso y en concreto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24 de la Constitución Española .

E interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de la doctrina y la jurisprudencia relativa a la guarda y custodia compartida y a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores, así como su carácter no excepcional, doctrina asentada por el alto tribunal en numerosas sentencias entre ellas la STS de 29 de abril de 2013 (RC 2525/2011) que sienta doctrina a este respecto en su



fundamento de derecho cuarto, así como el apartado 3 del fallo de la citada resolución; STS de 9 de marzo de (RC 113/2010); la STS de 8 de octubre de 2009 (RC 1471/2006); la STS de 2 de julio de 2014 (RC 1937/2013).

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC por infracción del art. 92 del Código Civil al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor (STS de 7 de junio de 2013, RC 1128/2012; STS 579/2011 de 22 de julio y STS 578/2011 de 21 de julio RC 338/2009).

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 16 de marzo de 2016, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de Dña. Concepción, presentó escrito de oposición al mismo adjuntando documental. Por su parte el Ministerio Fiscal también se opone a los recursos interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

3.- De la documental se dio traslado a la recurrente y al Ministerio Fiscal para alegaciones que ambos formularon y por su parte la recurrida aportó nueva documental, acordándose decidir respecto a toda la documental en la sentencia.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 2016, suspendiéndose y señalándose nuevamente para el 10 de enero de 2017 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Se solicitó por ambos progenitores que se fijasen medidas paterno filiales para regular la relación de los progenitores con su hijo menor de edad al no haber alcanzado un acuerdo, discrepan ambos respecto del régimen de guarda y custodia que debe adoptarse.

La madre interesó que le fuese atribuida la guarda y custodia de su hijo con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor paterno de carácter progresivo, sin pernocta hasta que cumpla los tres años y con pernocta una vez cumpla dicha edad. El padre propuso el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos semanales y con el establecimiento de un régimen de visitas de dos tardes intersemanales a favor del progenitor no custodio y mitad de vacaciones escolares.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y acordó establecer un régimen de custodia progresivo. Se formuló recurso de apelación por la madre.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y acordó un régimen de visitas con el padre que disfrutará de la compañía del menor todos los fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo y todos los miércoles desde las 17 horas hasta las 13 horas del día siguiente y mantuvo el resto de medidas acordadas en el auto de medidas, en concreto la contribución a los alimentos del menor en la suma de 120 euros .

Contra la sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación por el padre.

El recurso extraordinario por infracción procesal tiene tres motivos.

En el primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia la recurrente la infracción de los arts. 218, 1, 2 LEC, en relación con el art. 1.7 CC, por falta de congruencia y motivación de la sentencia recurrida, como exige también el art. 120.3 CE y el art. 465.5 LEC .

El recurrente entiende que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación para fijar el régimen de medidas pues mantiene lo acordado en el auto de medidas provisionales, pero en la celebración del juicio la perito amplió su informe considerando que era posible y adecuado otorgar la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores a través de un sistema progresivo. Pero además en el informe pericial se aconsejaba ampliar el régimen de visitas en dos días con pernocta y la Sala solo ha acordado un día con pernocta.

El recurrente resalta que en el informe pericial se recoge que ambos progenitores disponen de una capacidad normal para establecer relaciones de cuidado y vínculos de apego afectivo, así como suficiente competencia parental en las habilidades necesarias para fomentar un buen desarrollo de su hijo. La implicación previsible en



las tareas de crianza es valorada positivamente en ambos progenitores y los dos refieren tener apoyo familiar. Por ello, el recurrente mantiene que la edad del menor no es obstáculo para la guarda y custodia compartida y la falta de una habitación en el domicilio del padre para el menor es un hecho que no ha sido alegado por ninguna de las partes, este hecho lo ha introducido la perito en su informe y no hay prueba fehaciente de la existencia o no de habitación propia para el menor tanto en el domicilio de la madre como en el domicilio del padre.

En el segundo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , denuncia la infracción de los arts. 216 , 217 , 218 LEC en relación con el art. 752 LEC ,

El recurrente mantiene que ha probado que puede ejercer la guarda y custodia del menor igual que la madre, nada en el procedimiento indica que no se pueda ejercer la guarda y custodia de forma compartida y la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la igual implicación del padre en la crianza y cuidados del hijo. La Audiencia solo recoge que: «... los profesionales están en mejores condiciones de interpretar en el concreto caso cual sea el interés del menor...» y la perito dice que lo mejor para el pequeño es de momento mantener la custodia materna, sin embargo, no ha tenido en cuenta que en el acto de la vista se llegó a la conclusión por la perito de que sería viable y bueno para el menor un régimen de guarda y custodia compartida establecido de forma progresiva como se recogió en la sentencia de primera instancia.

El recurrente denuncia que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que ese régimen progresivo se ha venido cumpliendo y sin embargo la audiencia acuerda lo que se fijó en el auto de medidas provisionales y amplía el régimen de visitas del padre con un día de pernocta, que se fija los miércoles desde la 17 horas hasta las 13 horas del día siguiente, de manera que, para que el padre pueda estar con su hijo, el niño debe perderse la mañana de colegio.

En el tercero, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , denuncia la infracción del art. 24 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que le ha causado indefensión al recurrente, alega que se ha producido una clara desviación del resultado probatorio que le causa indefensión porque se ha visto privado de la posibilidad de atender, cuidar y educar a su hijo.

El recurso de casación tiene dos motivos, en el primero denuncia la vulneración de la doctrina y jurisprudencia relativa a la guarda y custodia compartida y a los requisitos necesarios para su establecimiento cuando uno de los progenitores lo pide y la vulneración también de la doctrina que determina que la custodia compartida no tiene carácter excepcional; y en el segundo alega la infracción del art. 92 CC que no permite entender que la custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino al contrario habrá de considerarla como normal.

El recurrente plantea en los dos motivos la revisión de las conclusiones que alcanza la sentencia de apelación, pues no se ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor en la valoración de los factores para fijar la custodia compartida, pues la Audiencia se asienta en parámetros distintos a los declarados por la jurisprudencia.

SEGUNDO .- *Causas de incompetencia e inadmisibilidad.*

Procede declarar que este tribunal es competente para conocer de los presentes recursos al invocarse el art. 92 del C. Civil y art. 10 de la Constitución , sin perjuicio de que fuesen otros los también invocados en la instancia (art. 73 de la LOPJ).

En cuanto a las causas de inadmisibilidad se han de rechazar, dado que la parte se ajusta a lo dispuesto en los arts. 469 y 477 LEC .

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO .- *Motivo primero. En base al art. 469,1 , 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia según el art. 218,1 , 2 de la LEC , en relación con el art. 1.7 del Código Civil , que deducidas, es decir congruentes, exigiendo así mismo su debida motivación, art. 120.3 de la Constitución Española y art. 465.5 de la LEC respecto a sentencias dictadas en recurso de apelación .*

En el primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , denuncia la recurrente la infracción de los arts. 218, 1 , 2 LEC , en relación con el art. 1.7 CC , por falta de congruencia y motivación de la sentencia recurrida, como exige también el art. 120.3 CE y el art. 465.5 LEC .

El recurrente entiende que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación para fijar el régimen de medidas pues mantiene lo acordado en el auto de medidas provisionales, pero en la celebración del juicio la perito amplió su informe considerando que era posible y adecuado otorgar la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores a través de un sistema progresivo. Pero además en el informe pericial se aconsejaba ampliar el régimen de visitas en dos días con pernocta y la Sala solo ha acordado un día con pernocta.



El recurrente resalta que en el informe pericial se recoge que ambos progenitores disponen de una capacidad normal para establecer relaciones de cuidado y vínculos de apego afectivo, así como suficiente competencia parental en las habilidades necesarias para fomentar un buen desarrollo de su hijo.

CUARTO .- *Respuesta de la Sala.*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se valora y razona sobre el informe pericial, debiendo entender este como un todo, es decir, tanto el documento escrito como su ratificación, no concurriendo dato alguno que pueda hacer suponer que la sala de apelación no ha tenido en cuenta lo practicado en el acto del juicio, por lo que no se incurre en falta de exhaustividad ni en incongruencia (art. 218 LEC).

QUINTO .- *Motivos segundo y tercero .*

Motivo segundo.- En base al art. 469, 1 , 2.º de la LEC .- Por infracción de los arts. 216 , 217 y 218 de la LEC , en relación con el art. 752 de la misma Ley .

Motivo tercero.- En base al art. 469.1 , 4.º de la LEC .- Infracción de norma aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso y en concreto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24 de la Constitución Española .

El recurrente mantiene que ha probado que puede ejercer la guarda y custodia del menor igual que la madre, nada en el procedimiento indica que no se pueda ejercer la guarda y custodia de forma compartida y la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la igual implicación del padre en la crianza y cuidados del hijo, ni que el régimen progresivo se ha venido cumpliendo.

SEXTO .- *Respuesta de la Sala .*

Se desestiman los motivos, que se analizan conjuntamente por su interconexión.

No consta error flagrante en la valoración de la prueba sino tan solo unas conclusiones que no son del agrado de la parte recurrente (art. 24 de la Constitución), pero que tienen apoyo en las pruebas practicadas, especialmente en el informe psicosocial.

Recurso de casación.

SÉPTIMO .- *Motivos primero y segundo.*

Motivo primero.- Infracción de la doctrina y la jurisprudencia relativa a la guarda y custodia compartida y a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores, así como su carácter no excepcional, doctrina asentada por el alto tribunal en numerosas sentencias entre ellas la STS de 29 de abril de 2013 (RC 2525/2011) que sienta doctrina a este respecto en su fundamento de derecho cuarto, así como el apartado 3 del fallo de la citada resolución; STS de 9 de marzo de (RC 113/2010); la STS de 8 de octubre de 2009 (RC 1471/2006); la STS de 2 de julio de 2014 (RC 1937/2013).

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC por infracción del art. 92 del Código Civil al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor (STS de 7 de junio de 2013, RC 1128/2012 ; STS 579/2011 de 22 de julio y STS 578/2011 de 21 de julio RC 338/2009).

En el primero denuncia la vulneración de la doctrina y jurisprudencia relativa a la guarda y custodia compartida y a los requisitos necesarios para su establecimiento cuando uno de los progenitores lo pide y la vulneración también de la doctrina que determina que la custodia compartida no tiene carácter excepcional y en el segundo alega la infracción del art. 92 CC que no permite entender que la custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino al contrario habrá de considerarla como normal.

El recurrente plantea en los dos motivos la revisión de las conclusiones que alcanza la sentencia de apelación, pues no se ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor en la valoración de los factores para fijar la custodia compartida, pues la Audiencia se asienta en parámetros distintos a los declarados por la jurisprudencia.

OCTAVO .- *Respuesta de la Sala .*

Se desestima el motivo.

Ante esta sala se aportó al amparo del art. 271 de la LEC sentencia de 30 de junio de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia, con sede en Paterna , en la que se condenaba a D. Roque , por un delito de amenazas en el ámbito familiar. Esta resolución fue confirmada por la sentencia de 31 de octubre de 2016 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia .



En los hechos probados y fallo de la primera sentencia consta:

«Hechos probados.

»En la mañana del día 12-10-2015 y en el exterior de las dependencias de la Policía Local de Liria, se produjo una discusión entre el hoy acusado, Roque , y la madre de su hijo, Concepción , en el curso de la cual, el acusado se dirigió a la Sra. Concepción , diciéndole "de la que te pille a solas, te vas a enterar, no tengo nada que perder", logrando causar a la Sra. Concepción el consiguiente temor».

«Fallo.

»Condeno a Roque como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de acercarse a menos de trescientos metros a Concepción , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar por ella frecuentado y comunicarse con ella de cualquier otra forma durante dos años, condenándole asimismo al pago de las costas procesales».

De lo transcrito se deduce la notable agresividad del recurrente hacía su pareja y la prohibición judicial de comunicación con ella, lo que supone un obstáculo insalvable, pues para la adopción del sistema de custodia compartida es preciso que las partes tengan una elevada capacidad de diálogo.

Esta sala ha declarado, entre otras, en sentencia de 12 de abril de 2016, rec. 1225 de 2015 :

«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... 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"».

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

NOVENO .- Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos (arts. 394 y 398 LEC), con pérdida de los depósitos para recurrir.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Roque , contra sentencia de 23 de septiembre de 2015 de la Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia .
2.º- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.