



Roj: **STS 1790/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1790**

Id Cendoj: **28079110012016100266**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2016**

Nº de Recurso: **1980/2015**

Nº de Resolución: **276/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 738/2015,**  
**STS 1790/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 25 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación, núm. 660/2014, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio de familia, para modificación de medidas en supuesto contencioso, registrado con el núm. 1533/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santa Fe; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Valentín, representado por la procuradora Dña. Clara Eugenia Sánchez Padilla, bajo la dirección letrada de don José Antonio Maldonado Alcaide, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Miguel A. Castillo Sánchez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Laura, representada por la procuradora Dña. Helena Margarita Leal Mora designada de oficio, bajo la dirección letrada de Dña. Esther Rodríguez López, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** D. Valentín, y en su nombre y representación la procuradora Dña. Pilar López Cozar Ruiz y bajo la dirección letrada de D. Robustiano Martínez Casares, interpuso demanda de juicio de familia para modificación de medidas contra Dña. Laura y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la cual se declare la modificación de las siguientes medidas:

1.- Se otorgue y atribuya la guardia y custodia del hijo menor de edad al padre y a la madre de forma compartida por períodos semanales con cada progenitor y en su residencia habitual. En cuanto a los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano se mantienen como están.

2.- Cada progenitor, asumirá los gastos inherentes a la manutención del menor durante el tiempo que le corresponda ejercer la guardia y custodia, sin perjuicio de que los extraordinarios, sigan asumiéndose por mitad por ambos progenitores.

Por ser de justicia que pido».

**2.-** El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes solicitando:



«Se nos tenga por parte en este procedimiento y por contestada a la demanda formulada por la parte actora en el mismo».

**3.-** Dña. Laura , representada por el procurador D. Antonio García-Valdecasas Luque y bajo la defensa de la letrada Dña. M.<sup>a</sup> Esther Rodríguez López, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado:

«Se desestime la demanda con expresa imposición en costas por la temeridad manifestada y se sirva dictar resolución acordando modificar la resolución de 19 de abril de 2010 en el sentido de establecer:

1.- Mantener la guarda y custodia del menor a la madre.

2.- Mantener el régimen de visitas establecido de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20,00 h., ampliándolo a todos los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas, si bien con los apercibimientos al progenitor no custodio de suspender el régimen de visitas en caso de mantener su mediatización al menor o hablarle mal de la familia materna.

En las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad, le corresponde al progenitor no custodio la mitad del período así como 15 días en el mes de julio y 15 días en el mes de agosto, de forma alterna, escogiéndose en los años pares por la madre y en los años terminados en cifra impar por el padre, siendo el horario de recogida a las 10,00 horas y el de reintegro a las 20,00 horas.

3.- Se establezca una pensión de 300.-? mensuales actualizables anualmente según el IPC que publica el INE y pagaderos en la cuenta designada por mensualidades anticipadas dentro de los primeros días de cada mes.

Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad entre los progenitores.

Es de justicia que respetuosamente pido».

**4.-** La representación procesal de D. Valentín , procuradora Dña. Pilar López Cozar Ruiz, presentó ampliación de la demanda manifestando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, a los meros efectos de adjuntar como documento un informe psicológico, y suplicando al juzgado:

«Lo admita y por hechas las anteriores manifestaciones, provea en armonía a lo solicitado, teniendo por formulada en tiempo y forma ampliación de demanda, con nuevo plazo para contestar a la contraparte. Por ser de justicia que pido».

Por el juzgado se admitió la unión del dictamen pericial, al haberse anunciado en el escrito de demanda inicial y presentado en tiempo antes de iniciarse el juicio verbal del proceso.

**5.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santa Fe se dictó sentencia, con fecha 3 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora Sr.<sup>a</sup> López Cozar Ruiz, en representación de D. Valentín procede rechazar su pretensión, no acordar un régimen de guarda y custodia compartida, manteniéndose el que venía rigiendo hasta este momento.

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. García Valdecasas Luque en representación de D.<sup>a</sup> Laura , procede incrementar la pensión de alimentos que corresponde satisfacer a D. Valentín a la cantidad de 180 euros mensuales, cantidad que será exigible desde la notificación de la presente resolución. Esta cantidad se actualizará conforme el IPC anualmente, no siendo necesario un nuevo requerimiento a tal efecto al obligado al pago. La pensión de alimentos será abonada durante los primeros siete días de cada mes y en la misma cuenta o de la misma manera que se venía llevando a cabo hasta el dictado de la presente.

El resto de medidas que regulan la relación entre las partes con el menor, permanecen inalteradas.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 17 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Valentín , a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Santa Fe , en autos núm. 1533/2012, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. Con imposición de las costas de la presente alzada a la parte apelante.



Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante, preceptivo para la viabilidad del trámite del recurso».

**TERCERO.- 1.-** Por D. Valentín se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal por el siguiente:

Motivo único.- En base al art. 469.1.2.º de la LEC , por infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, vulneración de arts. 216 y 218.1 LEC y de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE .

Y se interpuso recurso de casación por:

Motivo único.- En base al art. 477.2.3.º de la LEC , por infringir la sentencia recurrida en casación: los arts. 92 , 68 , 97 y 100 del CC ; los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989: el art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; el art. 120.3 CE ; y los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provincial y **Tribunal Supremo** y por las normas con menos de cinco años de vigencia.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto, de fecha 28 de octubre de 2015 , 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 la procuradora Dña. Helena Margarita Leal Mora, en nombre y representación de Dña. Laura , y bajo la dirección letrada de Dña. M.ª Esther Rodríguez López presentó escrito de oposición a los recursos admitidos. Por su parte el Ministerio Fiscal se opone también a los recursos interpuestos en base a la relación de conflictividad entre las partes y primando el interés del menor y el análisis que del mismo consta en las actuaciones.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Antecedentes.

El procedimiento de modificación de medidas de hijo habido en relación de hecho, lo inicia el recurrente en casación, solicitando la custodia compartida semanal, en relación con el menor nacido el NUM000 de 2009, al amparo de la doctrina jurisprudencial establecida por el TS, en cuya virtud el indicado régimen debe ser el normal. Aporta informe pericial de parte del psicólogo Sr. Constantino .

La madre regenta un establecimiento de hostelería junto con su hermano. El padre forma parte de una orquesta. Los dos residen en la localidad de Híjar (Granada).

Mediante sentencia se desestima el régimen de custodia compartida y se mantiene la custodia a favor de la madre con el régimen de visitas a favor del padre, tal y como se pactó por los progenitores en el acto del juicio regulador de las relaciones paterno filiales, aprobado en Sentencia de fecha 19 de abril de 2010 , cuando el menor tenía 1 año de edad (hoy siete años). Y se amplía el importe de la pensión de alimentos a abonar por el padre a favor del hijo, pasando de ser 120,00 euros mensuales a 180,00 euros mensuales (lo pactado y acordado en la sentencia de 2010, era que si el padre superaba los 900,00 euros de ingresos, abonaría 180,00 euros mensuales).

Recurrida en apelación dicha sentencia por el padre, la Audiencia Provincial, desestima el recurso, confirmando la resolución de instancia. En ella la Audiencia rechaza la custodia compartida, y alega que «si bien existen en autos informes que valoran la situación del hijo de ambos en relación con la respectiva disponibilidad de sus padres para el ejercicio compartido de la guarda y custodia, lo cierto es que no basta para la modificación de dicho régimen con el sometimiento del menor a una mera sucesión de calificaciones subsiguientes a otras tantas peticiones, en función de las cuales deba revisarse su situación, por comparación de las respectivas disponibilidades y aptitudes de cada uno de los progenitores; salvo que ello responda a alteración sustancial de la situación operada con respecto a la medida inicialmente acordada, de la que resulte riesgo o perjuicio objetivo para su desarrollo, atención o cuidado, que aconseje la modificación. Lo que aquí ni se ha alegado ni concurre». Sostiene que «la única alteración concretada por el actor para el cambio de guarda, es la de paro persistente en que se encuentra. Sin embargo es criterio de esta Sala, que cuando, como aquí no se discute, obedece a motivaciones ajenas a la voluntad de quien lo sufre, no puede considerarse en ningún caso como una ventaja para la atribución de cambios en el régimen de guarda. Por ello no puede compartirse la alegación, según la cual, debe considerarse una ventaja para el progenitor, en beneficio de su hijo, la disponibilidad para



ocuparse de sus atenciones y cuidados, en razón a una situación de paro no deseada, que en todo caso debe tenerse siempre como transitoria y nunca definitiva...».

La sentencia también confirma el aumento del importe de la pensión de alimentos a pagar por el padre.

Frente a dicha sentencia se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal, y de casación, si bien el único pronunciamiento objeto de los recursos extraordinarios, lo es el pronunciamiento relativo a la custodia compartida, no el aumento del importe de la pensión de alimentos.

En el recurso extraordinario por infracción procesal se alegan dos motivos, por vulneración del art. 469.1.2.º de la LEC, en relación con los artículos 216, 217 y 218 de la LEC, y art. 469.1.4.º de la LEC, en relación con el art. 24 de la CE. Alega infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, en relación con el requisito de exhaustividad y congruencia de las sentencias; infracción del art. 217 de la LEC, relativo a la carga de la prueba, con errónea valoración de la prueba, toda vez que se atribuye mayor valor probatorio a las testificales de parte que la prueba pericial judicial, e infracción del art. 218.2 en relación al requisito de la motivación fáctica y jurídica de la sentencia, al no motivarse debidamente el interés superior del menor. E infracción en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, relativos a un proceso con todas las garantías y a la interdicción de la indefensión y de las normas procesales que rigen los actos y garantías procesales.

Alega el recurrente, que constan en autos dos informes periciales, el que el mismo aportó, del perito psicólogo Don. Constantino, sobre evaluación psicológica y competencia parental realizado sobre su persona y el menor, y el pericial judicial, y ninguno se ha tenido en cuenta en la resolución del litigio, siendo que ambos son favorables a establecer en el caso, una custodia compartida.

Por lo que respecta al recurso de casación, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS, jurisprudencia contradictoria entre las distintas Audiencias Provinciales y en atención a normas autonómicas con menos de cinco años de vigencia: se citan como preceptos legales infringidos los artículos 92, 68, 97 y 100 CC, los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 11, el principio de protección de menor consagrado en la LOPJM, por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, citando las sentencias de fecha 29 de abril de 2013, 7 de junio de 2013, 19 de julio de 2013, 19 de noviembre de 2013, 25 de noviembre de 2013, 29 de noviembre de 2013, 22 de octubre de 2014, 25 de abril de 2014, 18 de noviembre de 2014, 22 de octubre de 2014, 30 de octubre de 2014, y 16 de febrero de 2015, recurso n.º 2827/2013, ente otras.

Alega el recurrente junto a la infracción de la doctrina jurisprudencial que consagra el régimen de custodia compartida como el régimen normal, la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales, y la existencia de normas autonómicas con vigencia inferior a cinco años.

Alega el recurrente que la sentencia recurrida aplica de manera incorrecta el principio de protección del interés del menor con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo, por cuanto es la mejor manera de proteger al menor, produciéndose interés casacional por cuanto la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que debe declararse infringida. En esencia, en esta se consagra como el régimen normal, incluso deseable, siempre que ello sea posible, y en tanto en cuanto lo sea. En apoyo de su tesis cita las Sentencias de la Sala siguientes: la n.º 52/2015 de 16 de febrero, recurso 2827/2013, la de 19 de julio de 2013, la 253/2015, de 13 de febrero, recurso 2339/2013, la 4342/2014 de 30 de octubre, n.º de recurso 1359/2013.

Es de destacar que tanto la sentencia de instancia como la de la Audiencia, rechazan la custodia compartida. La sentencia de instancia, dice en el fundamento de derecho segundo:

«...En el presente caso, obran dos informes periciales, uno de parte y otro emitido por el equipo psicosocial de Granada, los cuales consideran favorable para el menor, la adopción de un régimen de custodia compartida.

»Sobre los mismos, en especial sobre el informe emitido por el equipo psicosocial de Granada, es de recordar que no ostentan una especial eficacia probatoria respecto de las restantes pruebas practicadas en el acto del juicio...debiéndose estar en todo caso a lo dispuesto en el art. 348 de la LEC: "Los tribunales valorarán los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica".

»...el resto de la prueba practicada hace que el juzgador no estime la pretensión del actor, sobre la base del siguiente examen de los criterios sentados en nuestra jurisprudencia...

»Por lo que se refiere a la práctica anterior de un régimen semejante por los progenitores, no ha resultado acreditado en el acto del juicio, y le correspondía su prueba al actor...que se haya llevado a cabo con



anterioridad a la interposición de la presente demanda un régimen semejante al de guarda y custodia pretendido.

»...Segundo de los criterios ... cual es el cumplimiento de los deberes para con los hijos...el juzgador debe dar como acreditado que el actor, en ocasiones, no puede atender adecuadamente las exigencias de higiene de su hijo menor,...el propio actor reconoció en el acto de juicio que su situación laboral actual es complicada... Esta circunstancia, lleva necesariamente a concluir que el actor, no puede garantizar una mínima estabilidad en su horario laboral que le permita cumplir fielmente y atender las necesidades del menor. ...

»...Tercero de los criterios ...respeto en las relaciones personales. ...no ha resultado acreditado que exista esa relación de normalidad que exige nuestra jurisprudencia, y ello porque del relato común de ambas partes y testigos, puede advenirse la existencia de situaciones anormalmente tensas en lo que al menor respecta. Dos relatos son esenciales...: Primero. El prestado por el representante de la policía local ...que manifestó como en su presencia, el actor discutió acaloradamente con la demandada y en presencia del menor, acerca del régimen de visitas. ... y el segundo ... es el que tuvo lugar en el parque cuando el menor se encontraba con el actor y vio pasar a su madre, acompañada de su tío materno y testigo... hubo una discusión cuando el menor... se acercó a ver a su madre.

»...Además de lo anterior, ...continuó el menor relatando ... Tal manifestación, en lo que aquí nos ocupa, revela ausencia alguna de la flexibilidad deseable en aras a adoptar un régimen de guarda y custodia compartida del menor.

»De todo lo anterior, puede concluirse que a pesar de obrar en autos dos informes periciales favorables a la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, el resto de la prueba practicada evidencia que no es lo más adecuado para el interés del menor, el establecimiento de tal régimen, pues no se acredita un debido cuidado por el actor respecto del menor, no se acredita una estabilidad en su horario de trabajo que le permita atender al menor el tiempo que esté con él y además, no resulta acreditado que se haya intentado llevar a cabo con anterioridad a este momento por los progenitores ni que exista una relación de respeto o flexibilidad mínima entre los progenitores que pretenda asegurar el adecuado desarrollo del menor».

Se apoya el Juzgador de instancia en la prueba testifical y en la exploración del menor, practicados en la instancia.

Recurrida la sentencia por el padre, la Audiencia, en su sentencia, en lo que aquí interesa, mantiene el régimen de custodia exclusiva para la madre, como expusimos, asume lo expuesto por el juzgado, argumentando con ello que rechaza la custodia compartida, y alega que si bien existen en autos «informes que valoran la situación del hijo de ambos en relación con la respectiva disponibilidad de sus padres para el ejercicio compartido de la guarda y custodia, lo cierto es que no basta para la modificación de dicho régimen con el sometimiento del menor a una mera sucesión de calificaciones subsiguientes a otras tantas peticiones, en función de las cuales deba revisarse su situación, por comparación de las respectivas disponibilidades y aptitudes de cada uno de los progenitores; salvo que ello responda a alteración sustancial de la situación operada con respecto a la medida inicialmente acordada, de la que resulte riesgo o perjuicio objetivo para su desarrollo, atención o cuidado que aconseje la modificación. Lo que aquí ni se ha alegado ni concurre». Alega que la única alteración concretada por el actor para el cambio de guarda, es la de paro persistente en que se encuentra. Sin embargo es criterio de esta Sala, que ello no es una ventaja para la atribución de cambios en el régimen de custodia.

El Ministerio Fiscal, ante esta Sala, se opuso a la estimación de los recursos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO** .- Motivo único. En base al art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, vulneración de arts. 216 y 218.1 LEC y de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE .

Alega infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, en relación con el requisito de exhaustividad y congruencia de las sentencias; infracción del art. 217 de la LEC, relativo a la carga de la prueba, con errónea valoración de la prueba, toda vez que se atribuye mayor valor probatorio a las testificales de parte que la prueba pericial judicial, e infracción del art. 218.2 en relación al requisito de la motivación fáctica y jurídica de la sentencia, al no motivarse debidamente el interés superior del menor. E infracción en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, relativos a un proceso con todas las garantías y a la interdicción de la indefensión y de las normas procesales que rigen los actos y garantías procesales.

Alega el recurrente, que constan en autos dos informes periciales, el que el mismo aportó, del perito psicólogo Don. Constantino, sobre evaluación psicológica y competencia parental realizado sobre su persona y el



menor, y el pericial judicial, y ninguno se ha tenido en cuenta en la resolución del litigio, siendo que ambos son favorables a establecer en el caso una custodia compartida.

**TERCERO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

En la sentencia del juzgado, asumida por la Audiencia, se analiza con exhaustividad y congruentemente la cuestión de la custodia compartida, en la que se ha centrado la mayor parte del debate, analizando las pruebas de forma que unas adquieren para el Tribunal un papel más relevante que otras ( arts. 217 y 218 LEC ), motivándolo, por lo que no se produce indefensión ( art. 24 de la Constitución ).

El análisis efectuado no es ilógico y se funda en las testificales, y exploración del menor, pruebas que entiende más relevantes, frente a la de los informes periciales. Consta que uno es a instancia del padre (sin que oyese a la madre) y el otro solo contiene referencias sociológicas y no psicológicas, estando firmado solo por un/ a profesional en nombre del equipo técnico.

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas sustantivas, que se referirán al resolver el recurso de casación, en función de si las medidas acordadas protegen o no el interés del menor.

**Recurso de casación.**

**CUARTO** .- Motivo. En base al art. 477.2.3.º de la LEC , por infringir la sentencia recurrida en casación: los arts. 92 , 68 , 97 y 100 del CC ; los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989: el art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; el art. 120.3 CE ; y los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provincial y Tribunal Supremo y por las normas con menos de cinco años de vigencia.

Por lo que respecta al recurso de casación, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS, jurisprudencia contradictoria entre las distintas Audiencias Provinciales y en atención a normas autonómicas con menos de cinco años de vigencia: se citan como preceptos legales infringidos los artículos el 92, 68, 97 Y 100 cc, los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, art. 11, el principio de protección de menor consagrado en la LOPJM, por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, citando las sentencias de fecha 29 de abril de 2013 , 7 de junio de 2013 , 19 de julio de 2013 , 19 de noviembre de 2013 , 25 de noviembre de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 22 de octubre de 2014 , 25 de abril de 2014 , 18 de noviembre de 2014 , 22 de octubre de 2014 , 30 de octubre de 2014 , y 16 de febrero de 2015, recurso nº 2827/2013 , ente otras.

Alega el recurrente junto a la infracción de la doctrina jurisprudencial que consagra el régimen de custodia compartida como el régimen normal, la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales, y la existencia de normas autonómicas con vigencia inferior a cinco años.

Alega el recurrente que la sentencia recurrida aplica de manera incorrecta el principio de protección del interés del menor con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo, por cuanto es la mejor manera de proteger al menor, produciéndose interés casacional por cuanto la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que debe declararse infringida. En esencia en esta se consagra como el régimen normal, incluso deseable, siempre que ello sea posible, y en tanto en cuanto lo sea. En apoyo de su tesis cita las sentencias de la Sala siguientes: la n.º 52/2015 de 16 de febrero, recurso 2827/2013 , la de 19 de julio de 2013 , la 253/2015, de 13 de febrero, recurso 2339/2013 , la 4342/2014 de 30 de octubre, n.º de recurso 1359/2013 .

**QUINTO** .- Respuesta de la Sala.

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad alegadas por la parte recurrida, dado que el recurrente invoca los preceptos infringidos, doctrina jurisprudencial que pretendidamente se ignora en la sentencia recurrida, y la falta de protección del interés del menor, como argumentos esenciales.

En cuanto a la custodia compartida ha declarado esta Sala:

«La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como



la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2014 ).

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

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

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

**SEXTO** .- Poniendo en relación la referida doctrina con la sentencia de apelación, debemos declarar que en la sentencia recurrida, bien por sí, o por asunción de la detallada sentencia del Juzgado, se hace un análisis preciso de las circunstancias concurrentes desde la óptica de la necesaria protección del interés del menor.

En base a ello se declaró en la instancia que:

1. El padre no podía atender debidamente al menor.
2. La tensa situación de la pareja, unido a una condena penal por injurias.
3. Escasa espontaneidad del menor en la exploración, al estar mediatizado, por el padre.

Estos tres elementos de juicio se consideran razonables para denegar la custodia compartida, al no resultar este, en este caso, el sistema más adecuado.

Frente a ello las pruebas periciales no reúnen suficientes garantías, al estar huérfana, una de análisis psicológico y la (Don. Constantino ), por no haber entrevistado a la madre, a la que no consta que se le ofreciese la posibilidad, por lo que el psicólogo tuvo una visión parcial de la situación, pues solo entrevistó al menor, al padre (demandante) y a la abuela paterna.

**SÉPTIMO** .- Se imponen al recurrente las costas derivadas de los dos recursos ( arts. 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.** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Valentín contra sentencia de 17 de abril de 2015 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada . **2.** Confirmar la resolución recurrida. **3.** Procede expresa imposición de costas al recurrente. **4.** Se acuerda la 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. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ