



Roj: **STS 3830/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3830**

Id Cendoj: **28079110012023101267**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2023**

Nº de Recurso: **7527/2022**

Nº de Resolución: **1302/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4207/2022,**
STS 3830/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.302/2023

Fecha de sentencia: 26/09/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 7527/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 7527/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1302/2023

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 26 de septiembre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Horacio , representado por la procuradora D.ª Esther Martín Cabanillas y bajo la dirección letrada de D.ª M.ª de los Ángeles Rodríguez López, ambos profesionales del turno de oficio, contra la sentencia n.º 222/2022, de 16 de marzo, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 1729/2021, dimanante de las actuaciones de juicio sobre guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados n.º 96/2019 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Móstoles. Ha sido parte recurrida D.ª Clara , representada por el procurador D. Jorge Bartolomé Dobarro y bajo la dirección letrada de D. Felipe Guerrero Prats. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.ª Clara interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Horacio , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

"1.- En orden a la guarda y custodia del menor.- Atribución de la custodia del menor a su madre, ejerciendo ambos progenitores la patria potestad conjuntamente.

"2.- En orden al derecho de visitas, comunicación y estancias del menor con su padre.- Las visitas se realizarán tres tardes por semana, en periodos de una hora en un punto de encuentro cercano a domicilio materno.

"Dicho periodo se mantendrá las primeras quincenas de julio y agosto, suspendiéndose las segundas quincenas.

"3.- En orden a la contribución del progenitor D. Horacio a los alimentos del hijo menor.- El padre contribuirá a los alimentos de su hijo menor en la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300.- Euros). Dicha cantidad se actualizará en el momento en que la madre del menor encuentre un domicilio donde residir con su hijo y precise servicio de guardería o se proceda a la escolarización del menor.

"Las referidas cantidades las abonará D. Horacio , dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta de la entidad Caixa Bank NUM000 .

"Las referidas contribuciones se actualizarán anualmente de acuerdo con los incrementos y variaciones que sufra el IPC, que publica el Instituto Nacional de Estadística.

"Los gastos extraordinarios, que serán aquellos de naturaleza no previsible, así los gastos médicos y farmacéuticos de carácter extraordinario, serán sufragados por ambas partes por mitad.

"Y en definitiva se condena a la parte demandada a estar y pasar por estas declaraciones, y al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2. La demanda fue presentada el 19 de agosto de 2019 y, repartida al Juzgado de violencia sobre la mujer n.º 1 de Móstoles, fue registrada con el n.º 96/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y el Ministerio Fiscal.

3. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

4. D. Horacio contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia por la que se estimara íntegramente las pretensiones de la parte y se acuerden las siguientes medidas:

"a) Para el supuesto en el que no exista una condena penal:

"Patria potestad: ejercida de forma conjunta por ambos progenitores.

"Custodia del menor. La custodia del menor se atribuirá de forma conjunta y alternativa a ambos progenitores por semanas alternas, comenzando por la madre. Los cambios se producirán en el domicilio donde se encuentre el menor en ese momento, a las 20:00 horas del último día (domingo) de la semana correspondiente.

"No se fijará pensión de alimentos.

"b) Para el supuesto en el que exista una condena penal firme.

"Patria potestad: ejercida de forma conjunta por ambos progenitores.

"Régimen amplio de vistas con la custodia para la madre, consistente en que el menor pase fines de semanas alternos con el padre desde que salga de la guardería/colegio hasta las 20:00 horas del domingo y con derecho



a dos tardes intersemanales con el menor, preferiblemente los martes y los jueves, desde la salida de la guardería / colegio hasta las 20:00 horas.

"Pensión de alimentos de 150,00 euros mensuales. Sufragando los gastos extraordinarios por mitad y revisándose anualmente conforme al IPC.

"c) Medidas comunes a ambos supuestos

Los periodos de vacaciones escolares la mitad de ellas con cada progenitor estableciéndose los siguientes períodos, salvo acuerdo de los progenitores en contrario:

"En las vacaciones de verano:

"Desde el 1 al 15 de julio el menor estará con el padre los años impares y con la madre los años pares.

"Del 16 al 31 de julio el menor estará con la madre los años impares y con el padre los años pares.

"Del 1 al 15 de agosto el menor estará con el padre los años impares y con la madre los años pares.

"Del 16 al 30 de agosto el menor estará con la madre los años impares y con el padre los años pares.

"En las vacaciones de Semana Santa el primer período comprenderá desde el Lunes Santo hasta el Miércoles Santo y el segundo período desde el Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección. Al padre le corresponderá el primer período los años pares y a la madre el segundo; mientras que los años impares será al revés.

"En las vacaciones de Navidad el primer período comprenderá desde el 24 de diciembre hasta el 31 de enero y el segundo desde el 1 de enero hasta el 6 de enero. Al padre le corresponderá el primer período los años pares y a la madre el segundo; mientras que los años impares será al revés.

"Puentes: Los disfrutará el progenitor al que le correspondiese el cuidado del menor en la quincena en la que estuviese incluido, salvo acuerdo en contrario.

"Día de la madre y Día del padre: En caso de que al progenitor: que lo celebre no le tocara ese día según el reparto ordinario, el menor pasará con éste el día de 11 h a 20:00 horas si fuese día festivo y de salida de colegio a 20:00 horas si fuera lectivo.

"Cumpleaños progenitores: Se procurará que el menor pase el día con el progenitor que cumpla los años, en caso de no ser posible lo celebrarán cuando corresponda según el reparto.

"Cumpleaños del menor: Ambos progenitores lo pasaran conjuntamente con el menor. En defecto de pacto de sobre cómo organizar dicho día se pacta que comerá con uno de los padres, y hará merienda cena con el otro.

"Eventos escolares o extraescolares: Acudirán ambos padres en la medida de lo posible. Los gastos de vestido, complementos y otros que conlleve el evento, se abonarán por los progenitores al 50%, y se elegirán entre ambos".

En el "OTROSÍ TERCERO DIGO" se solicitó la adopción de medidas provisionales.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Móstoles dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2021, con el siguiente fallo:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don Jorge Bartolomé Dobarro en nombre y representación de Doña Clara contra Don Horacio, sobre regulación de medidas paternofiliales debo acordar y acuerdo, con carácter definitivo las siguientes medidas:

"1.- El ejercicio y la titularidad de la patria potestad será compartida entre ambos progenitores.

"2.- Se establece la guarda y custodia compartida para ambos progenitores que se materializará de la siguiente manera: la misma se ejercitará por periodos semanales en el domicilio de cada progenitor de viernes a viernes, así al progenitor a quien le corresponda esa semana recogerá al menor a la salida del centro escolar. En caso de que ese viernes no sea lectivo será recogido a las 17.00 horas en el domicilio en que el menor se encuentre.

"Respecto a las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos periodos siendo el primero desde el primer día de vacaciones hasta el 31 de diciembre a las 12.00 horas y el segundo desde las 12.00 horas del 31 de diciembre hasta el primer día de colegio, donde será reintegrado. Corresponderá en caso de desacuerdo, el primer periodo de los años pares a la madre y al padre los impares.

"Las vacaciones de Semana Santa, se distribuirá en dos periodos, desde el último día lectivo que será recogido en el centro escolar hasta el Jueves Santo a las 12.00 horas, y el segundo desde las 12.00 horas del Jueves Santo hasta el primer día lectivo que será reintegrado al centro escolar. En caso de desacuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.



"El periodo vacacional de verano (entendiendo los meses de julio y agosto) se disfrutará por quincenas alternas. En caso de desacuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.

"El día del cumpleaños del menor así como el día de Reyes, el progenitor que no disfrute ese día del menor, podrá estar con él de 17.00 a 20.30 horas, debiendo recoger y reintegrar al menor en el domicilio Si fuese lectivo el día será recogido a la salida del centro escolar.

"Igualmente y respecto a la celebración del Día del Padre, en el caso de que ese día al menor no le corresponda estar con el progenitor cuya festividad se celebra, el padre recogerá al menor en el centro escolar, y lo reintegrará en el domicilio correspondiente a las 20.30 horas. Si no fuera lectivo, podrá ser recogido en el domicilio en que se encontrare el menor a las 10.00 horas y reintegrado al mismo domicilio a las 20.30 horas.

"Respecto al Día de la Madre, si ese domingo se encontrara en compañía del padre podrá ser recogido por la madre en el domicilio en que se encontrare el menor a las 10.00 horas y reintegrado a las 20.30 horas.

"Igualmente el progenitor con quien esté el menor, velará y propiciará la comunicación telefónica diaria del menor con el otro progenitor.

"3.- Cada progenitor mientras esté con el menor satisfará sus necesidades económicas ordinarias.

"Los gastos escolares del menor (matricula, comedor, libros, material escolar, etc.) deberán ser satisfechos al 50% entre ambos progenitores.

"Los gastos extraordinarios del menor serán abonados al 50% entre ambos progenitores.

"Todo ello sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Clara .

2. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación.

3. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1729/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 16 de marzo de 2022, con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por, Doña Clara representada por el Procurador Don Jorge Bartolomé Dobarro; contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2021; del Juzgado de 1^a Instancia nº 24 de Madrid; dictada en el proceso de Guarda, Custodia o Alimentos nº 96/2019; seguido con Don Horacio representado por el procurador Don David Toboso Pizarro; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente establecer la guarda y custodia del hijo en favor de la madre en exclusiva; la patria potestad conjunta; Régimen de visitas a favor del padre consistente en:

"-Fines de semana. El progenitor no custodio pasará con el menor, fines de semanas alternos; desde el viernes, a la salida del centro escolar, donde la recogerá, o a las 18:00 si no fuera lectivo escolar, hasta el domingo a las 20:00. Las recogidas, cuando no sean en el centro escolar, y el retomo de la menor serán en el domicilio de la misma.

"-Visitas intersemanales. - El padre podrá estar con su hijo los martes y jueves por tarde desde la salida del centro escolar, donde lo recogerá, hasta las 19:30 horas en que la retomará al domicilio materno. Si el jueves es festivo la recogerá del domicilio en que reside la menor a las 12:00 horas y la devolverá a las 20:00 horas.

"En caso de que exista día festivo escolar y recaiga en lunes, se añadirá al fin de semana anterior, disfrutando el progenitor que le corresponda este fin de semana, el día festivo.

"-Vacaciones de Navidad.

"Las vacaciones navideñas, se dividirán en dos periodos:

"1.º) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases escolares hasta el día 30 de diciembre a las 11:00 horas.

"2.º) Desde el día 30 de diciembre a las 11:00 horas hasta la entrada en clase del día de inicio del colegio.

"-Vacaciones de Semana Santa

"La mitad de las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos:

"1.º) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases hasta el miércoles a las 11:00 horas.

"2.º) Desde el miércoles a las 11:00 horas hasta la entrada en clase del día de inicio del colegio.



"A falta de acuerdo, los periodos serán elegidos por la madre los años impares y el padre los pares.

"-Vacaciones de Verano.

"El periodo vacacional se concreta a los meses de julio y agosto que se repartirán por quincenas. Las entregas y recogidas se realizarán, salvo acuerdo entre los progenitores, en el domicilio materno a las 17:00 horas.

"A falta de acuerdo, los periodos serán elegidos por la madre los años impares y el padre los pares.

"En cuanto al cumpleaños del menor, se favorecerá un régimen de visitas para el progenitor no custodio de 16:00 a 20:00 horas. El mismo régimen servirá para los cumpleaños de los progenitores y los días de especial transcendencia, día del padre y día de la madre, siendo que el progenitor no custodia tendrá un derecho de visitas de 16:00 a 20:00 horas.

"Ambos progenitores facilitarán la comunicación del hijo menor con ambos, respetando siempre las horas de descanso de la menor.

"Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren el menor, dirección y teléfono.

"Si alguno de los progenitores deseara cambiar de residencia o tuviera que hacerlo por motivos profesionales, ambos progenitores convienen que habrá de notificárselo al otro de forma fehaciente, comprometiéndose a revisar y proceder a la modificación del régimen de visitas.

"En caso de enfermedad del hijo común, aquel de los padres en cuya compañía se encuentren, se lo comunicará inmediatamente al otro.

"Pensión de alimentos a favor del menor y a cargo del padre en la cantidad de 350. Euros mensuales. Dicha cantidad deberá ser abonada los 12 meses del año, en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la madre, y será anualmente actualizada a partir del 1 de enero siguiente a la fecha de la sentencia en cuantía equivalente al incremento de precios al consumo, índice general, que se fije por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. La pensión se mantendrá, alcanzada la mayoría de edad y hasta que el hijo resuelva económicamente su vida y alcance la independencia económica.

"Los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad.

"No procede hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes".

4. Por la representación procesal de D.^a Clara se presentó escrito solicitando la aclaración de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto de 20 de julio de 2022.

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D. Horacio interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Vulneración del principio de favor filii y del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero.

"Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la custodia compartida".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de febrero de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por don Horacio contra la sentencia dictada, con fecha 16 de marzo de 2022, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a), en el rollo de apelación n.º 1729/2021, dimanante del procedimiento de guarda y custodia n.º 96/2019 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Móstoles".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de 7 de julio de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de septiembre de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

La cuestión jurídica que se plantea versa sobre el sistema de guarda y custodia que mejor se adecúa al interés de un menor.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 19 de agosto de 2019, la Sra. Clara interpuso una demanda de medidas paternofiliales contra el Sr. Horacio por la que, de manera principal, solicitó que le fuese atribuida la guarda y custodia del hijo común, Apolonio, nacido el NUM001 de 2019.

2. En su contestación a la demanda, el Sr. Horacio solicitó la guarda y custodia compartida.

3. El 22 de septiembre de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó sentencia por la que acordó la guarda compartida. Tras sintetizar los criterios de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la guarda y cuidado de los menores, la sentencia razona:

"Es necesario examinar las circunstancias de cada uno de los progenitores, así como el desarrollo de la vida familiar.

"Ambos progenitores no tienen domicilio propio, sino que residen con familiares. Así la actora reside con sus padres, requiriendo la ayuda de sus progenitores para compatibilizar su actividad laboral con el cuidado de su hijo. Por su parte el demandado reside con su hermana, su marido y el hijo pequeño de estos con el cual al parecer el menor ha creado un estrecho vínculo dada la proximidad de edad de ambos, asimismo también cuenta con el apoyo familiar, hermana y madre para el cuidado del menor. Ambos residen en la localidad de DIRECCION000, donde igualmente se encuentra el centro escolar al que acude el menor.

"Es cierto que el informe del Equipo Psicosocial recomienda que se atribuya la guarda y custodia a la madre, principalmente basado en la mayor disponibilidad horaria de la madre. Sin embargo esta circunstancia ha variado al estar empleado el demandado en una nueva empresa en la que tiene una jornada laboral de ocho horas que distribuye de forma correcta, pudiendo organizar su horario de entrada y salida, tal como se ha acreditado documentalmente.

"La actora se opone a este régimen de guarda y custodia considerando que el padre no está preparado para cuidar adecuadamente a su hijo dado que el régimen de visitas que se estableció en el auto de medidas provisionales que fue acordado por las partes no se ha cumplido adecuadamente.

"Sorprende dicha afirmación cuando en el informe pericial consta (al folio 18 del mismo), que la actora refiere "que se está llevando a cabo bien el régimen de visitas, y que el niño está bien cuidado con el padre". Asimismo en el citado informe se hace constar que por parte de la Escuela Infantil a la que acude el menor se ha puesto de manifiesto que "ambos progenitores están muy pendientes de su paso por la escuela día a día, preguntando y comentando durante el periodo lectivo y fuera de él. Respetan fielmente el acuerdo de horario pactado: -lunes y miércoles: mamá y/o abuelos maternos.- martes y jueves Papá.- viernes alternos: Mamá o Papá (semana sí, semana no).

"Por otra parte en el informe se destaca que la actora refuerza frecuentemente y oportunamente al menor, utiliza un estilo de refuerzo adecuado, descripción que se repite de forma exacta respecto al padre, siendo que el menor tiene un vínculo afectivo con ambos, con quienes les gusta estar.

"Asimismo los progenitores tienen una comunicación adecuada en torno a las cuestiones del menor, sin olvidar que el demandado ha sido absuelto mediante sentencia firme de la acusación por un delito de violencia de género.

"Examinado todas las circunstancias expuestas, debe concluirse que atendiendo al interés supremo del menor se considera conveniente establecer el régimen de guarda y custodia compartida, bajo la patria potestad compartida.

"Dicha guarda y custodia se ejercerá por periodos semanales en el domicilio de cada uno de los progenitores de viernes a viernes, así al progenitor a quien le corresponda esa semana recogerá al menor a la salida del centro escolar. En caso de que ese viernes no sea lectivo será recogido a las 17.00 horas en el domicilio en que el menor se encuentre".

4. La Sra. Clara interpuso recurso de apelación.

5. El Ministerio Fiscal se opuso al régimen de custodia compartida. En informe de fecha 11 de noviembre de 2021 pide una guarda y custodia en exclusiva en favor de la madre. Literalmente, el informe del Fiscal dice:



"Se adhiere al recurso formulado, al entender que procede atribuir la guarda y custodia del menor en exclusiva a la madre, al considerarlo lo más idóneo para el menor, a la vista del informe del Equipo Psicosocial y tal como se informó por el Ministerio Pública (sic) en el acto de la vista; interesando además que se establezca el mismo régimen de visitas a sí como se fije la pensión de alimentos en 200 euros mensuales, en los términos que fueron expuestos en la meritada vista".

6. La sentencia de la Audiencia Provincial de 16 de marzo de 2022 revoca la sentencia de primera instancia y establece un régimen de guarda exclusiva por la madre. Razona su decisión de la siguiente manera:

"El órgano judicial "a quo" resuelve, en nuestra opinión de espaldas a la realidad de los autos e interpreta la doctrina de nuestro Tribunal Supremo de espaldas a dicha realidad; pues dicho Alto Tribunal, como cualquier otro órgano judicial, unipersonal o colegiado; resuelve los asuntos caso por caso y con arreglo a las circunstancias que adornan cada caso. El Tribunal Supremo no ordena establecer custodia compartida siempre en todo momento, en todo caso; simplemente indica algo que compartimos todos como "sería deseable...", pero realmente la solución y dicha custodia compartida es excepcional como indica expresamente el art. 92/8 del C.C al decir: "excepcionalmente..." y las resoluciones que se citan del T.S terminan indicando que la custodia, compartida se establecerá cuando ello pueda ser, cuando ello sea posible "y conforme a la dicción legal tiene que ser la única o solo forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor; y esto último no puede darse, el Ministerio Fiscal en informe de fecha 11 de noviembre de 2021 pide la guarda y custodia para la madre en exclusiva y ya sabemos que dicho Ministerio siempre fiel custodio de la juridicidad, en sede de familia " esta, además especialmente ocupado y preocupado por el "bonum filii"; y existe en autos dictamen del equipo psicosocial adscrito al Juzgado que termina indicando que la custodia de la madre es lo más acertado, hoy por hoy no se cumplen, pues, los requisitos del art. 92 del C.C según nueva redacción dada por el art. 8 de la Ley 15/2005, de 8 de julio; por lo que lo más beneficioso para, el menor, como así se pide, es establecer la custodia de la madre en exclusiva y ello no quebranta, por lo dicho la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, según entendemos que ha dicho en sus resoluciones".

7. El Sr. Horacio ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

8. La parte recurrida se ha opuesto a la estimación del recurso y el Ministerio Fiscal ha interesado su estimación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento*

El recurso de casación se articula en dos motivos, por vulneración del principio del favor *fili* y del art. 92 CC, y por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre requisitos para establecer la custodia compartida.

El recurso de casación plantea, en síntesis, en los dos motivos, la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida en relación con el art. 92 CC, por lo que pese al desglose en dos motivos pueden y deben ser examinados conjuntamente.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Estimación del recurso de casación*

El recurso de casación va a ser estimado en atención a las siguientes consideraciones.

1. Es doctrina reiterada (entre otras, sentencias 593/2018, de 30 de octubre, y 28/2018, de 18 enero, y las que se recogen en ella) que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados de la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este. El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia (..)".

En este caso existe interés para modificar la sentencia porque, sin poner en entredicho las razones valoradas de forma adecuada por el juzgado acerca de por qué es más beneficioso para Apolonio un sistema de guarda compartida, establece una guarda monoparental partiendo de la premisa de que la compartida es un sistema excepcional, lo que no es conforme con la jurisprudencia consolidada de la sala, y basándose como único argumento en la mera remisión a un informe del equipo técnico que ya fue valorado por el juzgado junto a otras pruebas y circunstancias del caso, que la Audiencia sin embargo no tiene en cuenta.

2. En efecto, tal y como advierte el Ministerio Fiscal en su informe, la Audiencia parte de una premisa que es contraria a la jurisprudencia reiterada por esta sala sobre la custodia compartida. Dice la sentencia recurrida que "dicha custodia compartida es excepcional".



Frente a esta afirmación de la sentencia recurrida, la doctrina de esta sala es clara y reiterada sobre los criterios que se deben tener en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, especialmente a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, siempre en interés y beneficio de los hijos menores, no como una medida excepcional, sino como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores.

La sentencia 175/2021, de 29 de marzo, sintetiza la doctrina de la sala:

"Esta Sala se muestra totalmente favorable a la medida de la custodia compartida como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos. En este sentido hemos establecido que:

"A) La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores. En este sentido, las sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 6 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras.

"B) No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario 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 (sentencias 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras).

"C) Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras).

"D) Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: 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 (sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas).

"E) Como recogen las sentencias 433/2016, de 27 de junio y 166/2016, de 17 de marzo, que reproducen la doctrina sentada en la sentencia 9/2016, de 28 de enero, "la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida".

"F) También hemos declarado que, para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras). Por otra parte, la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifica *per se*, que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectarían de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio (sentencia 433/2016, de 27 de junio).

"En definitiva, como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio: "En íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, rc. 1712/2014, afirma 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 efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen *per se* este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.



"Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014, rec. 683/2013). Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio".

3. La disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modificó el art. 92 CC. El apartado 7 fue modificado por el art. 1.3 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, y posteriormente por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

En la redacción ahora vigente, respecto de la anterior, destaca lo siguiente:

El apartado 1 queda igual: "La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos".

- En el apartado 2 la Ley Orgánica 8/2021 añade un inciso final conforme al cual "y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión", de modo que el precepto queda de la siguiente manera: "El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión". No debería considerarse una novedad la exigencia de motivación en todas las sentencias, ni que esta motivación se base en el interés superior del menor, principio constitucional exigido también por los textos internacionales de protección del menor, pero se trata sin duda de la expresión de la mayor relevancia que la exigencia constitucional del principio del interés del menor.

- El apartado 3 no fue modificado por la Ley Orgánica 8/2021: "En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello".

- El apartado 4 no fue modificado: "Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges".

- En el apartado 5 se suprimió el último inciso que decía: "El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos". La reforma por la Ley Orgánica 8/2021 introduce en el art. 92 un apartado 10 sobre la adopción de las cautelas necesarias para el cumplimiento del régimen establecido en todos los casos, no solo cuando sea guarda conjunta: "El Juez adoptará, al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos".

Tras la reforma de 2021, el art. 92.5 CC solo recoge la primera parte: "Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento".

- El apartado 6 no ha sido modificado: "En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

- La reforma del apartado 7 por la Ley Orgánica 8/2021 se limitó a introducir el último inciso "o de género": "No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género". Las reformas introducidas en este apartado por las Leyes 17/2021 y 16/2022 no afectan a lo que se discute en este recurso y, en su redacción actual, al texto transcrito, el apartado 7 añade "Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas".

- El apartado 8 no ha sido modificado: "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 solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".

- El apartado 9 no ha sido modificado: "El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o



del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior".

Por lo que aquí interesa, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2021:

"para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia".

En definitiva, la explicación no es muy significativa a la hora de manifestar el propósito del legislador y el sentido de la reforma del art. 92 por la Ley Orgánica 8/2021, pero como puede comprobarse a la vista de lo expuesto se conecta exclusivamente con las cautelas para el cumplimiento del régimen de guarda. No se declara que se quiera modificar el sistema instaurado en la práctica jurisprudencial de custodia compartida, a pesar de que se mantiene el término "excepcionalmente" en el art. 92.8 CC.

4. Lo anterior no significa que la sala no haya declarado en ocasiones la procedencia de una custodia monoparental, en especial cuando no existe un proyecto claro de cómo se va a desarrollar la custodia compartida, más allá de un simple reparto de tiempos (propio de una guarda monoparental) y de la aspiración por quien la solicita de la recuperación de la vivienda (sentencia 593/2018, de 30 de octubre).

La jurisprudencia se cuida de poner de relieve que de lo que se trata es de motivar cuál es el sistema conveniente en cada caso atendiendo al criterio del interés superior del menor concreto a que se refiere el supuesto planteado.

La sentencia 318/2020, de 17 de junio, sintetiza la doctrina de la sala, partiendo de la posición general respecto de la custodia compartida y la valoración del interés del menor en cada caso. Dice la sentencia:

"(i) La sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 433/2016, de 27 de junio, 296/2017, de 12 de mayo, y 194/2018, de 6 de abril, entre otras).

"A partir de esta bondad del sistema, la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir el Tribunal sobre su guarda y custodia.

"De ahí que la sala sostenga (STS de 30 de diciembre de 2015) que "la doctrina de la sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio y 3 23/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

"Consecuencia de lo anteriormente expuesto es la importancia que tiene la motivación de la sentencia recurrida a efectos de revisar si el tribunal a quo ha respetado y valorado adecuadamente el interés del menor.

"(...)

"(iii) En materia de guarda y custodia compartida la suficiencia de la motivación, en íntima conexión con la valoración del interés del menor, se encuentra en estrecha relación con los parámetros a tener en cuenta para una adecuada identificación del interés.

"Por tanto, se ha de huir de una protección del menor que sea aparente, puramente formalista y estereotipada, y no fruto de un riguroso estudio y análisis para indagar cuál sea el interés de aquel, sobre todo si, como sucede en el caso de autos, ese análisis valorativo viene propiciado por los términos del recurso, que así lo demanda".

5. En el caso que juzgamos, la Audiencia no contiene ninguna valoración sobre la situación y el interés de Apolonio y se limita a remitirse sin más al informe del equipo psicosocial adscrito al juzgado y al dictamen del Ministerio Fiscal.

Sobre la relevancia de los informes psicosociales es doctrina de la sala que deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; 135/2017, de 28 de febrero, y 318/2020, de 17 de junio). En definitiva, como advierte la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas



al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional (también, sentencia 437/2022, de 31 de mayo).

Por lo que se refiere informe del Ministerio Fiscal en la segunda instancia, como bien dice el propio Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, tiene el valor que se desprenda del rigor y peso de sus argumentos, ni más, ni menos, sin que pueda reconocérsele a informe un valor "taumatúrgico", un valor *per se*.

En este supuesto, la sentencia recurrida no alude a en qué consistió el informe del Fiscal en la segunda instancia y, como puede comprobarse de la transcripción que hemos hecho en el fundamento primero de esta sentencia al resumir los antecedentes, el Fiscal en la instancia se limitó a remitirse al informe psicosocial en bloque y no realizó ninguna valoración ni razonamiento.

Al igual que hace ahora el Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, nosotros también hemos consultado directamente el informe pericial (folios 160 a 183 de las actuaciones) emitido por una psicóloga forense, y cabe destacar del mismo lo siguiente:

"- Horacio , de 29 años. Ha tenido tratamiento psicológico, llegó a sufrir un intento autolítico en el pasado, habiendo padecido problemas de ansiedad y control de impulsos

"- La madre refiere que en los cuidados del hijo han participado los dos progenitores, que cuando vivían juntos participaban los dos progenitores con el niño. Que su hijo tiene relación con las dos familias.

"- La madre refiere que tras la separación ha habido varios altercados al recoger al niño.

"- Se está llevando a cabo bien el régimen de visitas, el niño está bien cuidado por el padre también. El padre últimamente le ha llevado mucho al médico.

"- La madre reconoce que el padre va varios días a recoger al niño al cole.

"- La madre reconoce que tiene vínculos con los dos, a veces llama más a papá y a veces más a mamá.

"- La madre ha sido tratada de DIRECCION001 .

"- La madre trabaja en un despacho de procuradores con horario de 8 a 15, con contrato indefinido.

"- En relación con el menor Apolonio , en el informe de la escuela se pone de manifiesto que los padres respetan fielmente el acuerdo de horario pactado y que ambos progenitores están muy pendientes de su paso por la escuela día a día.

"- La interacción del menor con ambos progenitores es muy buena.

"- Está adaptado en todos los ámbitos, sus padres participan en el proceso educativo y respetan fielmente el horario pactado cuando el menor va a la escuela infantil, tiene vínculo con su padre y con su madre con los que le gusta estar.

Las conclusiones del informe son:

"1) A juicio de esta perita, sería recomendable que la guarda y custodia del hijo menor la siga ostentando la madre; no se observan disfuncionalidades en el ejercicio de la misma hasta ahora, el menor está adaptado en todos los ámbitos y tiene un horario de trabajo compatible con el cuidado de su hijo. 2) Sería recomendable también un régimen de visitas con el padre que podría consistir en el actual, pero adaptado a su horario de trabajo actual. Debido a las características de esta familia, sería recomendable un seguimiento por los servicios sociales de zona".

La conclusión del informe ("a juicio de esta perita, sería recomendable que la guarda y custodia del hijo menor la siga ostentando la madre") se funda en estas razones: "no se observan disfuncionalidades en el ejercicio de la misma hasta ahora, el menor está adaptado en todos los ámbitos y tiene un horario de trabajo compatible con el cuidado de su hijo".

Frente a la primera razón que apoya la custodia materna debe observarse que, según reiterada doctrina de esta sala, el que la custodia exclusiva esté funcionando correctamente no es fundamento suficiente determinante de mantener ese sistema de guarda (por todas, sentencia 182/2018, de 4 de abril). Frente a la razón de la mayor disponibilidad horaria de la madre, argumento que es esgrimido en un informe de la trabajadora social que se inclina también por la custodia exclusiva de la madre, debemos destacar, como advierte el Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, en valoración que compartimos, que la sentencia de primera instancia -no enmendada en este punto por la Audiencia- declara que "esta circunstancia ha variado al estar empleado el demandado en una nueva empresa en la que tiene una jornada laboral de ocho horas que distribuye de forma correcta, pudiendo organizar su horario de entrada y salida, tal como se ha acreditado documentalmente".



Así las cosas, las conclusiones del informe del equipo, y por ende, la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en la instancia, no son decisivas para optar por la custodia materna exclusiva.

6. Como apunta el Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, con criterio que vamos a asumir por su razonabilidad y adecuación a los parámetros que esta sala ha mantenido a la hora de valorar el interés del menor en orden a la adopción del sistema de guarda y custodia, deben valorarse las circunstancias que constan del caso.

6.1. Consta en las actuaciones, reflejado en el historial médico que ha manejado el informe del equipo, que el padre ha tenido ciertos problemas de salud mental (ansiedad, depresión, hiperactividad, comportamiento impulsivo), pero no consta que en la actualidad se presenten problemas de salud mental en el padre que afecten al cuidado del niño, y de hecho este argumento no se utiliza ni en el informe del equipo, ni en la sentencia de primera instancia, ni en la sentencia de la Audiencia. A la relevancia de ese antecedente aportado por la madre en su demanda se opuso el padre en su contestación aludiendo a su recuperación, desaparición de toda sintomatología así como al seguimiento de tratamiento psicológico por la madre, que ya no utiliza este argumento en su impugnación al recurso de casación.

6.2. Por otra parte, aunque el Sr. Horacio fue imputado por violencia de género por la madre, la causa finalizó con sentencia absolutoria y, de hecho, este argumento no se utiliza ni en el informe del equipo, ni en la sentencia de primera instancia, ni en la sentencia de la Audiencia, ni siquiera en el escrito de impugnación del recurso de casación.

6.3. Del informe del equipo se deduce que ha habido discusiones entre el Sr. Horacio y la Sra. Clara, pero no se aprecia que en este caso las diferencias de criterio sean un obstáculo a la custodia compartida ni hayan afectado al hijo menor, que como pone de relieve el informe del equipo y ratifican ambos padres, es un menor perfectamente adaptado y feliz.

6.4. Los argumentos que utiliza la representación de la Sra. Clara en su escrito de impugnación no constituyen un obstáculo para la custodia compartida:

- Frente a la afirmación de que el Sr. Horacio no dispone de un domicilio estable, la sentencia de instancia, no rectificadas en este punto por la de la Audiencia Provincial, mantiene que tanto uno como otro progenitor viven en las viviendas de sus respectivas familias (ella con sus padres, él con una hermana).

- También afirma que no tiene estabilidad laboral. Es cierto que, examinada la vida laboral del padre, se aprecian cambios sucesivos de empleo (esto no tiene reflejo en las sentencias de primera ni de segunda instancia) lo que, como dice el Fiscal, puede poner de manifiesto un deseo de incorporarse al mercado laboral en las mejores condiciones, lo que en sí no es negativo. La sentencia del juzgado, no rectificadas por la de apelación, declara que está "empleado el demandado en una nueva empresa en la que tiene una jornada laboral de ocho horas que distribuye de forma correcta, pudiendo organizar su horario de entrada y salida, tal como se ha acreditado documentalmente". Y, ciertamente, como destaca el Fiscal en su cuidado y minucioso informe ante esta sala, analizados los autos, consta al folio 329 un contrato de trabajo temporal fechado el 6 de julio de 2021, con una jornada de trabajo de 40 horas y con duración hasta el fin de la obra. La empresa (folio 334) certifica que su jornada de ocho horas y que dispone de flexibilidad horaria. Es cierto que se trata de un contrato temporal, pero no lo es menos que por un lado pone de manifiesto que el Sr. Horacio ha buscado (y encontrado) un empleo compatible con las obligaciones derivadas de la guarda y custodia compartida y que, por tanto, podrá acceder en el futuro a otros empleos similares.

- Por lo que se refiere al obstáculo invocado por la madre acerca de que el padre no ha planteado un "plan de parentalidad", debemos decir lo siguiente.

Cierto que hay sentencias de esta sala que han rechazado acordar la custodia compartida en supuestos en los que no se había aportado un plan contradictorio, al que no alude el Código civil, a diferencia de lo que sucede en algunos derechos civiles autonómicos (el plan de relaciones familiares aragonés, el plan de parentalidad catalán, o la propuesta de planificación de la responsabilidad parental navarra). Pero en esas ocasiones, lo que realmente se ha tenido en cuenta es la perspectiva de futuro, si ha quedado acreditado con certidumbre cómo se va a llevar a la práctica el modelo de custodia que se está solicitando.

Así, se ha rechazado la custodia compartida que se solicita cuando en la situación existente uno de los progenitores conserva todas las funciones de dirección y control y el otro se limita a unas visitas y pretende asumir la custodia compartida con dosis de provisionalidad, sin que con los datos que aporta pueda valorarse por el tribunal el acierto o no de la medida (sentencia 593/2018, de 30 de octubre); o porque no se aportan datos sobre las necesidades del niño y la disponibilidad del solicitante (trabajo, horarios, vivienda, apoyo familiar) que integren los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo la custodia solicitada (sentencia 280/2017, de 9 de mayo); o porque, confirmando la sentencia recurrida, se asume que "del conjunto



probatorio obrante en autos se evidencia que la madre ha sido cuidadora principal de los hijos, no siendo sino a raíz de la ruptura y en coincidencia con la interpelación judicial, cuando el progenitor comienza a mostrar mayor interés por la prole, hecho este que sin más, no nos determina a acceder a su pretensión, teniendo en consideración que omite descripción de proyecto viable de custodia, puesto que en el propio interrogatorio practicado en dicha vista, se limitó él a verbalizar la mera disponibilidad horaria y la intención de fijar el domicilio en las proximidades del centro escolar en el que vienen matriculados los niños, sin expresar nada en orden a pautas educativas, a cuidados cotidianos, a organización sanitaria...etc." (sentencia 263/2016, de 20 de abril).

La falta de presentación formal de un "plan de parentalidad", sin embargo, no es obstáculo para la adopción de la custodia compartida solicitada cuando, como sucede en el caso, por la valoración conjunta de la prueba el juez concluye que es lo más beneficioso para el niño y, por la forma en la que se está desarrollando el sistema de reparto de las funciones de guarda y los datos acreditados sobre los lugares donde vivirá el hijo habitualmente y el compromiso sobre las tareas cotidianas, resulte fácilmente integrar, como ha hecho la sentencia de primera instancia, el régimen que establece.

6.5. Coincidiendo nuevamente con las razones expuestas en el informe del Ministerio Fiscal, analizando los datos fácticos que se derivan del informe del equipo y que fueron asumidos por la sentencia de instancia y no contradichos por la Audiencia tenemos los siguientes, que aconsejan la custodia compartida:

- la madre refiere "que se está llevando a cabo bien el régimen de visitas, y que el niño está bien cuidado con el padre" (se trataba de un régimen de visitas establecido como medidas provisionales, muy amplio, el padre llevaba al hijo al cole y lo veía todos los días, además de los fines de semana alternos);
- se hace constar por parte de la escuela infantil a la que acude el menor que "ambos progenitores están muy pendientes de su paso por la escuela día a día, preguntando y comentando durante el periodo lectivo y fuera de él. Respetan fielmente el acuerdo de horario pactado: lunes y miércoles: mamá y/o abuelos maternos; martes y jueves Papá; viernes alternos: Mamá o Papá (semana si, semana no);
- en el informe se destaca que la actora refuerza frecuente y oportunamente al menor, utiliza un estilo de refuerzo adecuado, descripción que se repite de forma exacta respecto al padre;
- el menor tiene un vínculo afectivo con ambos, con quienes le gusta estar;
- los progenitores tienen una comunicación adecuada en torno a las cuestiones del menor, ambos progenitores residen en DIRECCION000 , donde también se ubica el centro escolar donde está matriculado el menor, y ambos progenitores cuentan con importantes apoyos familiares;
- las medidas provisionales, acordadas por ambas partes, establecieron la custodia materna pero con un amplísimo régimen de visitas para el padre, y el mismo ha funcionado correctamente;
- de los datos que aporta el informe del equipo técnico se desprende una gran implicación del Sr. Horacio en el cuidado y atención de su hijo, y un estrecho vínculo afectivo entre ambos; la participación del Sr. Horacio en el cuidado y atención de su hijo se ha dado, tanto en el escaso tiempo en el que desde el nacimiento del mismo convivió con su pareja, como tras la separación.

En definitiva, no consta causa alguna que acredite la falta de capacidad de alguno de los progenitores (sentencias 131/2022, de 21 de febrero y 458/2019, de 18 de julio).

7. Por todo lo anterior debemos concluir que, a la vista de los hechos probados, al decantarse por la custodia exclusiva de la madre, la sentencia recurrida no ha resuelto sobre el régimen de guarda valorando el interés superior del menor Apolonio .

Procede la estimación del recurso de casación, la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y asumir los pronunciamientos de la de primera instancia en cuanto al establecimiento de la guarda compartida, con el reparto de tiempos y con el régimen de vacaciones, comunicaciones y contribución para alimentos fijada en la misma.

CUARTO.- Costas

La estimación del recurso determina que no se haga imposición de las costas de este recurso.

Se mantiene la no imposición de costas de las instancias en atención a la naturaleza de los intereses en juego.

FALLO

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



1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Horacio contra la sentencia dictada, con fecha 16 de marzo de 2022, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1729/2021, dimanante del procedimiento de guarda y custodia n.º 96/2019 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Móstoles.

2.º- Casar y revocar la sentencia recurrida, asumir los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia en cuanto al establecimiento de la guarda compartida, con el reparto de tiempos y con el régimen de vacaciones, comunicaciones y contribución para alimentos fijada en la misma.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

4.º- No imponer las costas de las instancias.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ