



Roj: **STS 5307/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5307**

Id Cendoj: **28079110012023101669**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2023**

Nº de Recurso: **7647/2022**

Nº de Resolución: **1682/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5197/2022,**  
**STS 5307/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.682/2023**

Fecha de sentencia: 29/11/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 7647/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 7647/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> 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. 1682/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 29 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Alexis , representado por el procurador D. Santiago Chippirras Sánchez y bajo la dirección letrada de D.ª Elena Zarraluqui Navarro, contra la sentencia n.º 244/2022, de 17 de marzo, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 709/2020, dimanante de las actuaciones de familia, guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados n.º 350/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Majadahonda. Ha sido parte recurrida D.ª Ofelia , representada por la procuradora D.ª Leonor Guillén Casado y bajo la dirección letrada de D.ª Rebeca Rubio de la Torre. 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 Ofelia interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Alexis , en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se acuerde:

"1- Que siendo lo patria potestad compartida; se atribuye lo guarda y custodia de Casiano Doña Ofelia con quien vivirá en el domicilio de ésta.

"2- Que en caso de desacuerdo y en defecto del que los progenitores pacten en atención al bienestar de su hijo; se establece el siguiente régimen de visitas y estancias:

"1. NOTAS COMUNES PARA TODOS LOS PERIODOS:

"a- En caso de desacuerdo la madre elige todos los periodos los años impares y el padre los pares. Se debe comunicar el periodo elegido de forma fehaciente con antelación mínima de 60 días naturales, salvo que expresamente se disponga fechas distintas. Caso de que al progenitor que le correspondiera elegir no procediera a la elección en el plazo establecido, el otro podrá elegir sin que por ello pierda su posibilidad de elección al año siguiente.

"b- En todo momento se facilitará diariamente la comunicación con el menor, siempre que se efectúe en horario adecuado para la edad de esta y a tal efecto siempre se establecerá o facilitará un teléfono de contacto.

"c- En el periodo vacacional se interrumpe el régimen de visitas semanales.

"d- Al finalizar cualquier periodo vacacional, comenzará la visita de fin de semana aquel que no haya disfrutado de estar con el menor en el último periodo vacacional.

"e. El padre no pernocta con el menor.

"RÉGIMEN SEMANAL:

"Padre y madre disfrutarán de la compañía del menor, en los términos siguientes:

"-Fines de semana alternos: el menor es recogido por el padre de las 10 a las 20 horas de cada día sábado y domingo.

"- La semana que el menor no tiene fin de semana con el padre puede estar dos tardes entre semana con el menor, en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves de 18:30 horas a 20 horas del 1 de octubre a 1 de mayo, y el resto de año de 18 horas a las 20:30 horas. Se indica esta hora 18:30 horas de recogida del menor puesto que el padre no sale de trabajar y no puede estar antes de esta hora. El menor será recogido y reintegrado del domicilio materno.

"Los llamados puentes escolares se atribuirían al progenitor con quien pasen el domingo más cercano a la festividad determinante del puente y se desarrollarán así mismo sin pernocta recogiendo al menor a las 10 de la mañana y reintegrándole a las 20 horas del 1 de octubre al 1 de mayo y a las 20:30 horas el resto del año. Los festivos no unidos a fin de semana o determinante de puente escolar se distribuirán de modo alternativo, empezando el primero por el progenitor no custodio y en los mismos términos referidos en el presente correlativo.

"3- RÉGIMEN VACACIONES:

"Habida cuenta de la edad actual del menor, se diferencian dos periodos: el primero de ellos hasta que Casiano cumpla 3 años y el segundo desde esa fecha en adelante.

"A) HASTA QUE EL MENOR CUMPLA 3 AÑOS:



"Se entenderán como vacaciones las siguientes:

"-NAVIDAD Padre o madre disfrutarán de la estancia con el menor y de 10 a 20 horas. Debiendo elegir un día de cada uno de estos bloques:

"A\* Día 24 o 25

"B\* Día 30 o 31

"Se debe comunicar el bloque elegido antes del día 1 de diciembre de cada año, por escrito del modo que la técnica permita, eligiendo los impares con el padre y los pares la madre.

"El día de Reyes el niño pasará de las 10 a las 18 horas con la madre los pares y los impares con el padre.

"El padre recoge y reintegra al niño del domicilio materno.

"-SEMANA SANTA: Solo tendrán la consideración de jueves a domingo santo y de 10 a 20 horas cada uno de los días. Debiendo elegir uno de estos bloques:

"A\* jueves santo de 10 a 20 horas y viernes santo de 10 a 20 horas.

"B\* sábado santo de 10 a 20 horas y Domingo de Resurrección de 10 a 20 horas.

"El padre recoge y reintegra al niño del domicilio materno.

"VERANO: Solo tendrá consideración los meses de julio y agosto que se distribuyen por quincenas alternas. Así se elige por cada progenitor uno de los bloques de tiempo completo, siguiente: el padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20:30 horas del domicilio materno.

"A) Del 1 de julio al 15 de julio y del 1 de agosto al 15 de agosto.

"B) Del 15 de julio al 31 de julio y del 15 de agosto al 31 de agosto.

"B) UNA VEZ QUE EL MENOR HAYA CUMPLIDO 3 AÑOS:

"El periodo de vacaciones empieza el último día de clase que por su edad le correspondiera al menor Casiano, independientemente de si él acude o no al Colegio antes de su escolarización obligatoria. Se entenderá el calendario de vacaciones el de los colegios públicos que para su edad establezca la Comunidad de Madrid, y cuando esté escolarizado, el que siga el centro escolar donde acuda el menor. El menor no pernoctará con el padre.

"El padre se ocupará de recoger y reintegrar al niño del colegio o del domicilio del menor en Comunidad de Madrid.

"-Vacaciones de Navidad:

"Se establecen dos periodos del 22 de diciembre a la salida del centro escolar al 30 de diciembre a las 20 horas y del 20 de diciembre a las 20 horas al día anterior a iniciarse las clases a las 16 horas. El menor disfrutará con cada uno de sus progenitores uno de estos periodos, el padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20 horas.

"El día de Reyes los años pares pasa de los 10 o las 18 horas con la madre y los impares con el padre.

"-Vacaciones de Semana Santa: cada año lo pasará por mitad con uno de los progenitores, se recoge al menor del colegio el último día de clase a la salida de este finalizando a las 20 horas del último día y el último periodo finaliza a las 16 horas del último día de vacaciones. El padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20:00 horas.

"-Vacaciones de Verano:

"Se elige por cada progenitor uno de los bloques de tiempo completo, siguiente: el padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20:30 horas.

"A) Del día siguiente a finalizar el curso escolar a las 10 horas el 31 de junio, del 1 de julio al 15 de julio y del 1 de agosto al 15 de agosto.

"B) Del 15 de julio al 31 de julio y del 15 de agosto al 31 de agosto; y del 1 de septiembre a dos días antes a iniciarse las clases a las 20:30.

"3- No ha lugar a atribución de uso del domicilio puesto que no hay bien común al respecto. La casa donde residió la entonces unidad familiar -en DIRECCION000 es de alquiler y no ha lugar o atribución alguna puesto que doña Ofelia dispone de su propio domicilio donde convivir con el menor en DIRECCION001. El niño vivirá con doña Ofelia en su domicilio en DIRECCION001. Cualquier cambio de domicilio de los progenitores debe



ser comunicado al otro progenitor por escrito (de la forma que quede constancia por escrito de texto y fecha) antes de 10 días del cambio, al efecto del buen cumplimiento de sistema de visitas y estancias establecido a favor del menor.

"4- Pensión de Alimentos: Que en concepto de pensión por alimentos a cargo de don Alexis y a favor del hijo Casiano mientras Casiano sea económicamente dependiente incluso una vez alcance la mayoría de edad, don Casiano debe abonar a la madre doña Ofelia la cantidad de 600 € (seiscientos euros) mensuales como pensión de alimentos mensual por adelantado y en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso o transferencia bancaria a la cuenta que el Sr. Ofelia (sic) designe, interesando que a la fecha se realice en la cuenta siguiente: NUM000 . La cuantía y pensión será debida desde la fecha de presentación de la presente demanda ( art. 148 CC). Dicha pensión de alimentos será actualizada anualmente, acomodándola a la variación que experimente el IPC (Índice Nacional de Precios al Consumo) que emite el Instituto Nacional de Estadística u otro organismo público o privado que el futuro pudiera sustituirle cada año con el IPC del día 1 del mes de enero y siendo la primera actualización el 1/1/2020.

"Así mismo se interesa que se acuerde que serán abonados en porcentaje de 50% por ambos progenitores los siguientes sin necesidad de conformidad previa en concepto o cuantía los siguientes:

"A-1 Hasta finalizar sus estudios en la universidad pública o concertada; todos los gastos derivados de sus estudios reglados (matrícula, pago mensual de formación, libros escolares, seguro, uniformes, ruta, material escolar y excursiones escolares y/o de fin de curso), además del comedor.

"A-2 Los gastos del hijo derivados de cualquier circunstancia médica no cubierta por la Seguridad Social, entre otros: seguro dental, gafas, logopedas, óptica, odontólogo, psicólogos y similares, siempre y cuando estas necesidades no estén cubiertas por seguro médico concertado o privado.

"Los restantes gastos extraordinarios serán sufragados por mitad en la proporción que ambos determinen entre los progenitores, previa conformidad de las partes en la necesidad del gasto y cuantía del mismo. El gasto y detalles del mismo serán comunicados al otro progenitor por escrito, en cualquier modo que la técnica permita para dejar constancia del contenido de la comunicación y fecha de recepción por la otra parte, y si en el plazo de 10 días naturales no hay oposición se entenderá prestado consentimiento para gasto y cuantía del mismo.

"En caso de oposición al gasto, el progenitor que lo considere oportuno podrá solicitar autorización al Juzgado al efecto de que este determine la necesidad de cuantía y/o porcentaje de distribución del gasto.

"5- Que don Alexis , demandado en el presente pleito, ha de ser condenado en costas, habida cuenta de los intereses en litigio, y su manifiesta mala fe si se opusiera a lo solicitado en el presente procedimiento".

**2.** La demanda fue presentada el 3 de mayo de 2019 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Majadahonda, fue registrada con el n.º 350/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3. D.** Alexis contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia por la que se acuerden las siguientes medidas:

"1.- La patria potestad sobre el hijo de los litigantes, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, debiéndose acordar en la resolución que se adopte que todas aquellas decisiones relacionadas y que afecten directa o indirectamente al hijo común, serán consultadas y decididas de común acuerdo, y en su defecto, mediante autorización judicial.

"1.- Expresamente deberá acordarse como de inexcusable consenso de los litigantes, aquellas decisiones relativas, que de forma enunciativa que no limitativa podrían ser las siguientes: a la elección del centro escolar, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes y salidas al extranjero cuando no sea con alguno de los progenitores, tratamientos médicos, tratamientos quirúrgicos, y actos religiosos. En el caso de que los progenitores no alcancen acuerdo sobre algún aspecto referido, deberán obtener la correspondiente autorización judicial para obrar.

"En virtud de lo anterior, deberá acordarse de que cuando el menor se encuentre con uno u otro progenitor, éstos deben informarse mutuamente y de forma inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto del menor y que tenga carácter relevante, especialmente de aquellas cuestiones médicas urgentes.

"2.- Se acordará en la resolución que se dicte, que ambos progenitores deberán propiciar una relación fluida con el hijo común, amplia y flexible, de acuerdo con la conveniencia de cada momento y atendiendo siempre al interés del menor.



"3.- Expresamente, debe establecerse en la resolución que se dicte, que ambos progenitores permitirán y facilitarán la comunicación del hijo común con el progenitor con el que no se encuentre y con los respectivos familiares.

"II.- El hijo de los comparecientes, Casiano, queda bajo la guarda y custodia de ambos progenitores por periodos semanales, de lunes a lunes a la hora de entrada en el centro escolar, y haciéndose los intercambios a la entrada del centro escolar, o en su defecto a las 9 hs.

"Con independencia del sistema semanal de guarda conjunta, la resolución que al efecto se dicte deberá acordar, que:

"1.- Al progenitor que no le corresponda la semana de guarda y custodia, podrá estar con el menor la tarde de los miércoles, desde la salida del centro escolar o las 17:30 hs, hasta el jueves por la mañana que dejará al menor en el centro escolar, o en su defecto a las 9 hs.

"2.- Cuando exista un puente y/o festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, se considerará agregado este periodo al fin de semana, y le corresponderá el disfrute de la compañía del menor, al progenitor al que le corresponda ostentar la guarda esa semana.

"3.- Los Día del Padre, Día de la Madre y cumpleaños de los progenitores los pasará el menor en compañía del mismo, Padre o Madre, según de que progenitor sea el cumpleaños y que día del Padre o de la Madre se celebre, desde las 11:00 horas hasta las 20:30 horas si coincidiese con un día festivo, y si fuese lectivo desde las 16:00 horas o salida del centro escolar hasta las 20:30 horas.

"4.- Los días del cumpleaños del menor, el progenitor que no se encuentre con el mismo podrá disfrutar de su compañía al menos dos horas y media si coincide con un día lectivo y cuatro horas y media si coincide con un día no lectivo.

"5.- Los días correspondientes a eventos religiosos (comunión, confirmación, graduación u otros de índole semejante) los progenitores, si no realizarla celebración conjunta, deberán repartirse el día del evento a fin de que uno disfrute con el menor desde la mañana y hasta las 17:30 horas, y el otro desde las 17:30 horas hasta las 22:00 horas.

"III.- En cuanto a los periodos de vacaciones escolares, se establecerá de acuerdo con el calendario escolar de la Comunidad de Madrid, el siguiente régimen:

"1.- En cuanto a las vacaciones escolares de Semana Santa, le corresponderá cada año alterno a cada progenitor disfrutar con su hijo todas las vacaciones escolares del menor, eligiendo dicho periodo la madre en los años impares y el padre en los años pares, y debiéndose notificar la elección el uno al otro, por lo menos, con un mes de antelación.

"2.- Respecto a las vacaciones escolares de Verano, las mismas se componen de los meses completos de julio y agosto.

"Los progenitores se repartirán su disfrute por quincenas, del 1 de julio al 15 de julio, del 16 de julio al 31 de julio, del 1 de agosto al 15 de agosto y del 16 de agosto al 31 de agosto. Le corresponderá a cada progenitor disfrutar con su hijo dos quincenas no consecutivas, eligiendo dichos periodos la madre en los años impares y el padre en los años pares, y debiéndose notificar la elección el uno al otro, por lo menos, con un mes de antelación.

"3.- El régimen de custodia semanal se reanuda el día 1 de septiembre de cada año y corresponderá disfrutar de la custodia la primera semana, al progenitor que no disfrute de la compañía del menor la última quincena de agosto.

"4.- En relación a las vacaciones escolares de Navidad, se dividirá en dos periodos. El periodo vacacional comenzará a las 11 horas del primer día de vacaciones y finalizará a las 20 horas del último día de vacaciones escolares del menor.

"El primer periodo comprenderá la Noche Buena y Navidad y, el segundo periodo, Fin de Año y Reyes. Elegirá entre dichos periodos la madre en los años impares y el padre en los años pares, y debiéndose notificar la elección el uno al otro, por lo menos, con un mes de antelación.

"Los días de Navidad (25 de diciembre) y Reyes (6 de enero) el progenitor que no esté en compañía del menor podrá pasar tres horas de dichos días con el menor, de 16:30 a 19:30 horas.

"5.- Si por alguna razón de especial relevancia o por motivos laborales alguno de los cónyuges no pudiera tener consigo al hijo común durante el día intersemanal fijado o durante algún periodo vacacional que le corresponda, el hijo común, quedará en compañía del otro progenitor.



"IV.- Atendiendo a la custodia compartida semanal, de lunes a lunes, y teniendo en cuenta que la Sra. Ofelia ha abandonado el domicilio familiar y se ha trasladado a un inmueble de su propiedad, de momento y hasta la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, en dicho domicilio ejercerá su semana de custodia Don Alexis .

"V.- Respecto a la pensión de alimentos, cada progenitor se hará cargo de los gastos que ocasione su hijo Casiano en el tiempo que esté bajo su guarda y custodia. Además, ambos progenitores abrirán una cuenta conjunta mancomunada, donde cada progenitor ingresará la suma mensual de 250 € para asumir los gastos del menor, principalmente los derivados de los gastos de educación y sanidad, cuenta en la que deberá domiciliarse el seguro médico privado de Sanitas que hasta la fecha viene siendo asumido su coste en exclusiva por Don Alexis .

"Dicha cantidad se abonará en doce mensualidades anticipadas, dentro de los cinco días primeros de cada mes, y será sometida a revisión anual, a partir del mes de enero del año 2020, de acuerdo con el Índice General de Precios al Consumo que anualmente edita el Instituto Nacional de Estadística u organismo correspondiente.

"VI.- Respecto a los gastos extraordinarios ambos progenitores deberán abonar el 50% los gastos extraordinarios que tengan tal consideración por ser imprevisibles y no habituales, y que se produzcan en la vida del hijo común. Además, que se sufragarán al 50% los siguientes gastos con independencia de su habitualidad: los oftalmológicos, viajes de fin de curso, actividades extraescolares, clases particulares, intervenciones médicas quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social y/o seguro médico privado, y tratamientos odontológicos, que estén debidamente acreditados y justificados y no cubiertos por la Seguridad Social y/ o seguro médico privado.

"VII.- Las actividades y/o clases extraescolares, deberán ser consensuadas por ambos progenitores, y en caso de no existir acuerdo, se deberá solicitar la correspondiente autorización judicial. El pago de su coste será de cargo exclusivo de aquel progenitor que unilateralmente haya decidido su realización sin conocimiento y consentimiento expreso del otro progenitor. La consulta al progenitor recabando su consentimiento al gasto proyectado, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente de su práctica, y se entenderá tácitamente prestado si en el plazo de 10 días naturales siguientes no se notificare de forma expresa, e igualmente, su oposición".

4. D. Alexis presentó a su vez en fecha 10 de junio de 2019, demanda de medidas paternofiliales de unión extramatrimonial contra D.<sup>a</sup> Ofelia , cuyo reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Majadahonda. La demanda fue registrada con el número 399/2019. En ella solicitaba se dictara resolución en la que se acuerden las siguientes medidas:

"I.- La patria potestad sobre el hijo de los litigantes, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, debiéndose acordar en la resolución que se adopte que todas aquellas decisiones relacionadas y que afecten directa o indirectamente al hijo común, serán consultadas y decididas de común acuerdo y en su efecto, mediante autorización judicial.

"1.- Expresamente deberá acordarse como de inexcusable consenso de los litigantes, aquellas decisiones relativas, que de forma enunciativa que no limitativa podrían ser, las siguientes: a la elección del centro escolar, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes y salidas al extranjero cuando no sea con alguno de los progenitores, tratamientos médicos, tratamientos quirúrgicos, y actos religiosos. En el caso que los progenitores no alcancen acuerdo sobre algún aspecto referido, deberán obtener la correspondiente autorización judicial para obrar.

"En virtud de lo anterior, deberá acordarse de que cuando el menor se encuentre con uno u otro progenitor, éstos deberán informarse mutuamente y de forma inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto del menor y que tenga carácter relevante, especialmente de aquellas cuestiones médicas urgentes.

"2. Se acordará en la resolución que se dicte, que ambos progenitores deberán propiciar una relación fluida con el hijo común, amplia y flexible, de acuerdo con la conveniencia de cada momento y atendiendo siempre al interés del menor.

"3. Expresamente, debe establecerse en la resolución que se dicte, que ambos progenitores permitirán y facilitarán la comunicación del hijo común con el progenitor con el que no se encuentre y con los respectivos familiares.

"II.- El hijo de los comparecientes, Casiano , queda bajo la guarda y custodia de ambos progenitores por periodos semanales, de lunes a lunes a la hora de entrada en el centro escolar, y haciéndose los intercambios a la entrada del centro escolar, o en su defecto a las 9 hs.



"Con independencia del sistema semanal de guarda conjunta, la resolución que al efecto se dicte deberá acordar, que:

"1. Al progenitor que no le corresponda la semana de guarda y custodia, podrá estar con el menor la tarde de los miércoles, desde la salida del centro escolar o las 17:30 hs, hasta el jueves por la mañana que dejará al menor en el centro escolar o en su defecto a las 9 hs.

"2. Cuando exista un puente y/o festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, se considerará agregado este periodo al fin de semana, y le corresponderá el disfrute de la compañía del menor, al progenitor al que le corresponda ostentar la guarda esa semana.

"3. Los Día del Padre, Día de la Madre y cumpleaños de los progenitores, los pasará el menor en compañía del mismo, Padre o Madre, según de que progenitor sea el cumpleaños y que día del Padre o de la Madre se celebre, desde las 11:00 horas hasta las 20:30 horas si coincidiese con un día festivo, y si fuese lectivo desde las 16:00 horas o salida del centro escolar hasta las 20:30 horas.

"4. Los días del cumpleaños del menor, el progenitor que no se encuentre con el mismo podrá disfrutar de su compañía al menos dos horas y media si coincide con un día lectivo y cuatro horas y media si coincide con un día no lectivo.

"5. Los días correspondientes a eventos religiosos (comunión, confirmación, graduación u otros de índole semejante) los progenitores, si no realizan una celebración conjunta, deberán repartirse el día del evento a fin de que uno disfrute con el menor desde la mañana y hasta las 17:30 horas, y el otro desde las 17:30 horas hasta las 22:00 horas.

"III.- En cuanto a los periodos de vacaciones escolares, se establecerá de acuerdo con el calendario escolar de la comunidad de Madrid, el siguiente régimen:

"1. En cuanto a las vacaciones escolares de Semana Santa, le corresponderá cada año alterno a cada progenitor disfrutar con su hijo todas las vacaciones escolares del menor, eligiendo dicho periodo la madre en los años impares y el padre en los años pares, y debiéndose notificar la elección el uno al otro, por lo menos con un mes de antelación.

"2. Respecto a las vacaciones escolares de verano, las mismas se componen de los meses completos de julio y agosto.

"Los progenitores se repartirán su disfrute por quincenas, del 1 de julio al 15 de julio, del 16 de julio al 31 de julio, del 1 de agosto al 15 de agosto y del 16 de agosto al 31 de agosto. Le corresponderá a cada progenitor disfrutar con su hijo dos quincenas no consecutivas, eligiendo dichos periodos la madre en los años impares y el padre en los años pares, y debiéndose notificar la elección el uno al otro, por lo menos, con un mes de antelación.

"3. El régimen de custodia semanal se reanudará el día 1 de septiembre de cada año y corresponderá disfrutar de la custodia la primera semana, al progenitor que no disfrute de la compañía del menor la última quincena de agosto.

"4. En relación a las vacaciones escolares de Navidad, se dividirá en dos periodos. El periodo vacacional comenzará a las 11 horas del primer día de vacaciones y finalizará a las 20 horas del último día de vacaciones escolares del menor.

"El primer periodo comprenderá la Noche Buena y Navidad y, el segundo periodo, Fin de Año y Reyes. Elegirá entre dichos periodos la madre en los años impares y el padre en los años pares, y debiéndose notificar la elección el uno al otro, por lo menos, con un mes de antelación.

"Los días de Navidad (25 de diciembre) y Reyes (6 de enero) el progenitor que no esté en compañía del menor podrá pasar tres horas de dichos días con el menor, de 16:30 a 19:30 horas.

"5. Si por alguna razón de especial relevancia o por motivos laborales alguno de los cónyuges no pudiera tener consigo al hijo común durante el día intersemanal fijado o durante algún periodo vacacional que le corresponda, el hijo común, Luca, quedará en compañía del otro progenitor.

"IV.- Atendiendo a la custodia compartida semanal, de lunes a lunes, y teniendo en cuenta que la Sra. Ofelia ha abandonado el domicilio familiar y se ha trasladado a un inmueble de su propiedad, de momento y hasta la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, en dicho domicilio ejercerá su semana de custodia Don Alexis .

"V.- Respecto a la pensión de alimentos, cada progenitor se hará cargo de los gastos que ocasione su hijo Casiano en el tiempo que esté bajo su guarda y custodia. Además, ambos progenitores abrirán una cuenta conjunta mancomunada, donde cada progenitor ingresará la suma mensual de 250 € para asumir los gastos



del menor, principalmente los derivados de los gastos de educación y sanidad, cuenta en la que deberá domiciliarse el seguro médico privado de Sanitas que hasta la fecha viene siendo asumido su coste en exclusiva por Don Alexis .

"Dicha cantidad se abonará en doce mensualidades anticipadas, dentro de los cinco días primeros de cada mes, y será sometida a revisión anual, a partir del mes de enero del año 2020, de acuerdo con el Índice General de Precios al Consumo que anualmente edita el Instituto Nacional de Estadística u organismo correspondiente.

"VI.- Respecto a los gastos extraordinarios ambos progenitores deberán abonar el 50% los gastos extraordinarios que tengan tal consideración por ser imprevisibles y no habituales, y que se produzcan en la vida del hijo común. Además que se sufragarán al 50% los siguientes gastos con independencia de su habitualidad: los oftalmológicos, viajes de fin de curso, actividades extraescolares, clases particulares, intervenciones médicas quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social y / o seguro médico privado y tratamientos odontológicos, que estén debidamente acreditados y justificados y no cubiertos por la Seguridad Social y/o seguro médico privados.

"VII.- Las actividades y/o clases extraescolares, deberán ser consensuadas por ambos progenitores, y en caso de no existir acuerdo, se deberá solicitar la correspondiente autorización judicial. El pago de su coste será de cargo exclusivo de aquel progenitor que unilateralmente haya decidido su realización sin conocimiento y consentimiento expreso del otro progenitor. La consulta al progenitor recabando su consentimiento al gasto proyectado, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente de su práctica, y se entenderá tácitamente prestado si en el plazo de 10 días naturales siguientes no se notificare de forma expresa, e igualmente, su oposición".

5. D.<sup>a</sup> Ofelia contestó a la demanda interpuesta de contrario mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia en la que se acuerde:

"1-Que siendo la patria potestad compartida; se atribuya la guarda y custodia de Casiano a Doña Ofelia con quien vivirá en el domicilio de esta.

"2- Que en caso de desacuerdo y en defecto de que los progenitores pacten en atención al bienestar de su hijo: se establece el siguiente régimen de visitas y estancias:

"1. NOTAS COMUNES PARA TODOS LOS PERIODOS:

"a- En caso de desacuerdo lo madre elige todos los periodos los años impares y el padre los pares. Se debe comunicar el periodo elegido de forma fehaciente con antelación mínimo de 60 días naturales, salvo que expresamente se disponga fechas distintas. Caso de que al progenitor que le correspondiera elegir no procediera a la elección en el plazo establecido, el otro podrá elegir sin que por ello pierda su posibilidad de elección al año siguiente.

"b- En todo momento se facilitará diariamente la comunicación con el menor, siempre que se efectúe en horario adecuado para la edad de esta y a tal efecto siempre se establecerá o facilitará un teléfono de contacto.

"c- En el periodo vacacional se interrumpe el régimen de visitas semanales.

"d- Al finalizar cualquier periodo vacacional, comenzará la visita de fin de semana aquel que no haya disfrutado de estar con el menor en el último periodo vacacional.

"e- El padre no pernocta con el menor.

"1. RÉGIMEN SEMANAL:

"Padre y madre disfrutarán de la compañía del menor, en los términos siguientes:

"Fines de semana alternos: el menor es recogido por el padre de las 10 horas a las 20 horas de cada día sábado y domingo.

"La semana que el menor no tiene fin de semana con el padre puede estar dos tardes entre semana con el menor, en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves de 18:30 horas a 20 horas del 1 de octubre a 1 de mayo; y el resto del año de 18 horas a las 20:30 horas. Se indica esta hora 18:30 de recogida del menor puesto que el padre no sale de trabajar y no puede estar antes de esta hora. El menor será recogido y reintegrado del domicilio materno.

"Los llamados puentes escolares se atribuirían al progenitor con quien pasen el domingo más cercano a la festividad determinante del puente y se desarrollarán así mismo sin pernocta recogiendo al menor a las 10 de la mañana y reintegrándole a las 20 horas del 1 de octubre al 1 de mayo y a las 20:30 horas el resto del año. Los festivos no unidos a fin de semana o determinante de puente escolar se distribuirán de modo



alternativo, empezando el primero por el progenitor no custodio y en los mismos términos referidos en el presente correlativo.

"1. RÉGIMEN VACACIONES:

"Habida cuenta de la edad actual del menor, se diferencian dos periodos; el primero de ellos hasta que Casiano cumpla 3 años y el segundo desde esa fecha en adelante.

"A. HASTA QUE EL MENOR CUMPLA 3 AÑOS:

"Se entenderán como vacaciones los siguientes:

"NAVIDAD: Padre o madre disfrutarán de la estancia con el menor de 10 a 20 horas; debiendo elegir un día de cada uno de estos bloques:

"A\* Día 24 o 25

"B\* Día 30 o 31

"Se debe comunicar el bloque elegido antes del día 1 de diciembre de cada año, por escrito del modo que la técnica permita, eligiendo los impares con el padre y los pares la madre.

"El día de Reyes el niño pasará de las 10 a las 18 horas con la madre los pares y los impares con el padre.

"El padre recoge y reintegra al niño del domicilio materno.

"SEMANA SANTA: Solo tendrán la consideración de Jueves a Domingo Santo y de 10 a 20 horas cada uno de los días. Debiendo elegir uno de estos bloques:

"A\* Jueves Santo de 10 a 20 horas y viernes santo de 10 a 20 horas.

"B\* Sábado Santo de 10 a 20 horas y Domingo de Resurrección de 10 a 20 horas.

"El padre recoge y reintegra al niño del domicilio materno.

"VERANO: Solo tendrá consideración los meses de julio y agosto que se distribuyen por quincenas alternas. Así se elige por cada progenitor uno de los bloques de tiempo completo, siguiente: el padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20:30 horas del domicilio materno.

"A) Del 1 de julio al 15 de julio y del 1 de agosto al 15 de agosto.

"B) Del 15 de julio al 31 de julio y del 15 de agosto al 31 de agosto.

"B) UNA VEZ QUE EL MENOR HAYA CUMPLIDO 3 AÑOS:

"El periodo de vacaciones empieza el último día de clase que por su edad le correspondiera al menor Casiano, independientemente de si él acude o no a Colegio antes de su escolarización obligatoria. Se entenderá el calendario de vacaciones el de los colegios públicos que para su edad establezca la Comunidad de Madrid, y cuando esté escolarizado, el que siga el centro escolar donde acuda el menor. El menor no pernoctará con el padre.

"El padre se ocupará de recoger y reintegrar al niño del colegio o del domicilio del menor en Comunidad de Madrid.

"Vacaciones de Navidad:

"Se establecen dos periodos del 22 de diciembre a la salida del centro escolar al 30 de diciembre a las 20 horas y del 20 de diciembre a las 20 horas al día anterior a iniciarse las clases a las 16 horas. El menor disfrutará con cada uno de sus progenitores uno de estos periodos, el padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20 horas.

"El día de Reyes los años pares pasa de las 10 a las 18 horas con la madre y los impares con el padre.

"Vacaciones de Semana Santa: cada año lo pasará por mitad con uno de los progenitores, se recoge al menor del colegio el último día de clase a la salida de este finalizando a las 20 horas del último día y el último periodo finaliza a las 16 horas del último día de vacaciones. El padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20:00 horas.

"Vacaciones de Verano:

"Se elige por cada progenitor uno de los bloques de tiempo completo siguiente: el padre diariamente en su periodo le recogerá a las 10 horas y le reintegrará a las 20:30 horas.



"A) Del día siguiente a finalizar del curso escolar a las 10 horas al 31 de junio, del 1 de julio al 15 de julio y del 1 de agosto al 15 de agosto.

"B) Del 15 de julio al 31 de julio y del 15 de agosto al 31 de agosto; y del 1 de septiembre a dos días antes de iniciarse las clases a las 20:30.

"3- No ha lugar a atribución de uso del domicilio puesto que no hay bien común al respecto. La casa donde residió la entonces unidad familiar en DIRECCION000 es de alquiler y no ha lugar a atribución alguna puesto que doña Ofelia dispone de su propio domicilio donde convivir con el menor en DIRECCION001 . El niño vivirá con doña Ofelia en su domicilio en DIRECCION001 .

"Cualquier cambio de domicilio de los progenitores debe ser comunicada al otro progenitor por escrito (de la forma que quede constancia por escrito del texto y fecha) antes de 10 días del cambio, al efecto del buen cumplimiento del sistema de visitas y estancias establecido a favor del menor.

"4. Pensión de Alimentos: Que en concepto de pensión de alimentos a cargo de don Alexis y a favor del hijo Casiano , mientras Casiano sea económicamente dependiente incluso una vez alcance la mayoría de edad, don Alexis debe abonar a la madre doña Ofelia la cantidad de 600 € (seiscientos euros) mensuales como pensión de alimentos mensual por adelantado y en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso o transferencia bancaria a la cuenta que el Sr. (sic) Ofelia designe, interesando que a la fecha se realice en la cuenta siguiente: NUM000 . La cuantía y pensión será debida desde la fecha de presentación de la presente demanda ( art. 148 CC).

"Dicha pensión de alimentos será actualizada anualmente, acomodándola a la variación que experimente el IPC (índice Nacional de Precios al Consumo) que emite el Instituto Nacional de Estadística u otro organismo público o privado que el futuro pudiera sustituirle cada año con el IPC del día 1 el mes de enero y siendo la primera actualización el 1/1/2020.

"Así mismo se interesa que se acuerde que serán abonados en porcentaje de 50% por ambos progenitores los siguientes sin necesidad de conformidad previa en concepto o cuantía los siguientes:

"A-1 Hasta finalizar sus estudios en la universidad pública o concertada; todos los gastos derivados de sus estudios reglados (matrícula, pago mensual de formación, libros escolares, seguro, uniformes, ruta, material escolar y excursiones escolares y/o de fin de curso), además del comedor.

"A-2 Los gastos de hijo derivados de cualquier circunstancia médica no cubierta por la Seguridad Social, entre otros: seguro dental, gafas, logopedas, óptica, odontólogo, psicólogos y similares, siempre y cuando estas necesidades no estén cubiertas por seguro médico concertado o privado.

"Los restantes gastos extraordinarios serán sufragados por mitad o en la proporción que ambos determinen entre los progenitores, previa conformidad de las partes en la necesidad del gasto y cuantía del mismo. El gasto y detalles del mismo serán comunicados al otro progenitor por escrito, en cualquier modo que la técnica permita para dejar constancia del contenido de la comunicación y fecha de recepción por la otra parte, y si en el plazo de 10 días naturales no hay oposición se entenderá prestado consentimiento para gasto y cuantía del mismo.

"En caso de oposición al gasto, el progenitor que lo considere oportuno podrá solicitar autorización al Juzgado al efecto de que este determine la necesidad cuantía y/o porcentaje de distribución del gasto.

"5- Que don Alexis ha de ser condenado en costas, habida cuenta de los intereses en litigio, y su manifiesta mala fe si se opusiera a lo solicitado por esta parte en el presente procedimiento".

**6.** Mediante Auto de 25 de septiembre de 2019 se acordó la acumulación de este último procedimiento al que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Majadahonda con el n.º 350/2019.

**7.** El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a las demandas.

**8.** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Majadahonda dictó sentencia de fecha 3 de diciembre de 2019, con el siguiente fallo:

"SE ACUERDA: Estimar parcialmente la demanda de medidas paterno filiales solicitadas por la representación de D.<sup>a</sup> Ofelia contra D. Alexis acordando las siguientes medidas:

"a) La patria potestad se ejerciera (sic) conjuntamente por ambos progenitores, quedando la guardia y custodia del menor para la madre y estableciendo un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos desde el viernes a las 20.00 horas en que lo retornará a dicho domicilio. Gozará también el padre de un día intersemanal, miércoles, desde las cinco de la tarde hasta las 20:00 horas. Dicho régimen de visitas se desarrollará siempre estando el demandado en compañía de su domicilio de una tercera persona.



"b) De igual forma cada progenitor gozar (sic) de la compañía de su hijo la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa estivales. Así en Navidad se dividirán los periodos desde el día en el que acabe las actividades escolares del calendario oficial hasta el día 30 de diciembre en que será reintegrado a las 11 de la mañana en el domicilio materno y paterno según los casos. El segundo periodo se extiende desde dicho día hasta el día en el que se reinicien las clases en el que el progenitor lo dejará en el centro escolar, y si todavía no estuviera escolarizado o en guardería hasta ese mismo día según el calendario oficial, en que dejará al menor en el domicilio del otro progenitor a las 20:00 horas. En Semana Santa se fraccionarán los periodos desde el día en que terminen las clases hasta el miércoles Santo en que será llevado al domicilio paterno o materno a las 11 de la mañana. El segundo periodo se extiende desde dicho día hasta el día en el que se reinicien las clases, en el que el progenitor lo dejará en el centro escolar. En verano el primer periodo abarca desde la salida del centro escolar cuando concluyan las clases hasta el día 1 de julio, en el que será llevado al domicilio del otro progenitor a las 10:00 AM. El segundo periodo se extiende hasta el comienzo de las clases en el mes de septiembre.

"En todos estos periodos y para su disfrute corresponde la elección a la madre en los años impares y al padre en los pares.

"C) Se atribuye el uso del domicilio conyugal a los menores y al progenitor en cuya compañía quedan.

"D) El padre abonará 400 euros a favor de su hijo en concepto de alimentos, actualizables conforme al IPC y por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes.

"E) Además, ambos abonarán el 50% de los gastos extraordinarios.

"F) Las partes abonarán las cantidades que graviten sobre la propiedad en proporción a su cuota en la misma.

"G) Y sin imposición de las costas".

9. D.<sup>a</sup> Ofelia presentó solicitud de aclaración y complemento de la anterior resolución y frente a esta se dictó con fecha 5 de febrero de 2020 auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"Se acuerda: Corregir la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva queda como sigue:

""Estimar parcialmente la demanda de medidas paterno filiales solicitadas por la representación de D.<sup>a</sup> Ofelia contra D. Alexis acordando las siguientes medidas:

"H) La patria potestad se ejerciera (sic) conjuntamente por ambos progenitores quedando la guardia y custodia del menor para la madre y estableciendo un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos desde el viernes a las 20.00 horas en que recogerá al menor en el domicilio materno hasta el domingo a las 20.00 horas en que lo retornará a dicho domicilio. Gozará también el padre de un día intersemanal, miércoles, desde las cinco de la tarde hasta las 20.00 horas. Dicho régimen de visitas se desarrollará siempre estando el demandado en compañía en su domicilio de una tercera persona.

"De igual forma cada progenitor gozar (sic) de la compañía de su hijo la mitad de las vacaciones de navidad Semana Santa y estivales. Así en Navidades se dividirán los periodos desde el día en el que acaben las actividades escolares del calendario oficial hasta el día 30 de diciembre en que será reintegrado a las 11 de la mañana en el domicilio materno y paterno según los casos. El segundo periodo se extiende desde dicho día hasta el día en que se reinicien las clases en que el progenitor lo dejará en el centro escolar, y si todavía no estuviera escolarizado o en guardería hasta ese mismo día según el calendario oficial, en que dejará al menor en el domicilio del otro progenitor a las 20.00 horas. En Semana Santa se fraccionarán los periodos desde el día en que terminen las clases hasta el miércoles santo en el que será llevado al domicilio paterno o materno a las 11 de la mañana. El segundo periodo se extiende desde dicho día hasta el día en que se reinicien las clases, en el que el progenitor lo dejará en el centro escolar. En verano el primer periodo abarca desde la salida del centro escolar cuando concluyan las clases hasta el día 1 de agosto, en el que será llevado al domicilio del otro progenitor a las 10.00 a.m. El segundo periodo se extiende hasta el comienzo de las clases en el mes de septiembre.

"En todos estos periodos y para su disfrute corresponde la elección a la madre en los años impares y al padre en los pares.

"J) El padre abonará 400 euros a favor de su hijo en concepto de alimentos actualizables conforme al IPC y por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes.

"K) Además, ambos abonarán e 50% de los gastos extraordinarios.

"L) Y sin imposición de las costas"".

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D.ª Ofelia y D. Alexis .

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que los tramitó con el número de rollo 709/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 17 de marzo de 2022, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.ª Ofelia representada por la Procuradora D.ª MARIA EMILIA SALVADOR MUÑOZ; y desestimando igualmente, el interpuesto por Don Alexis representado por el Procurador Don SANTIAGO CHIPPIRRAS SÁNCHEZ contra la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2019 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Majadahonda, y dictada en el proceso de guarda, custodia o alimentos n.º 350/2019 debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes".

3. D. Alexis , presentó solicitud de aclaración, subsanación y complemento de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto de 21 de junio de 2022.

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

1. D. Alexis interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"ÚNICO.- **Recurso extraordinario por infracción procesal** al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1. 2.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de lo establecido en el artículo 218.2 de la LEC y art. 346 y 348 de la LEC y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, Derecho Fundamental recogido en el art. 24 CE, al existir un error patente en la valoración de la prueba que evidencia que la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica y absurda en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva o inválida por vulnerar un derecho fundamental".

El motivo del recurso de casación fue:

"ÚNICO.- Recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en el artículo 92.5, 6 y 8 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Jurídica de Protección del Menor, por considerar que la sentencia aplica incorrectamente el principio de interés del menor y se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico para la adopción de la guarda y custodia compartida, los requisitos necesarios para el establecimiento de la misma y su carácter no excepcional".

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 21 de junio de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Alexis contra la sentencia dictada con fecha de 17 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 709/2020 dimanante del procedimiento de guarda y custodia n.º 350/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Majadahonda".

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

4. Por providencia de 9 de octubre de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de noviembre de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

En el seno de un procedimiento de medidas paternofiliales, el recurso de casación plantea como cuestión jurídica el sistema de guarda y custodia que mejor satisface el interés de un niño, nacido el NUM001 de 2018.

Tanto el juzgado como la Audiencia Provincial han adoptado un sistema de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre. El padre interpone contra la sentencia de la Audiencia Provincial recursos extraordinario



por infracción procesal y de casación. Solicita que, con estimación de los recursos, se adopte un sistema de custodia compartida. Sus recursos van a ser desestimados.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. La sentencia del juzgado acordó la custodia exclusiva materna con apoyo en el siguiente razonamiento:

"De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

"En el presente caso lo cierto es que hay en primer lugar ese desacuerdo del que parte el art. 92.8.CC. El mismo se basa en las patologías padecidas sobre las cuales se ha presentado documentación que acredita que padece trastorno bipolar.

"Vistos los mismos, es cierto que el demandado presenta las patologías que se ponen de manifiesto y que sobre las mismas recibe tratamiento con regularidad. Por otra parte, los padres del demandado tienen casi ochenta años. Desde luego del interrogatorio del Sr. Alexis no se ha desprendido ni ha aflorado indicio alguno de dichas patologías. Es cierto que el demandado fue condenado por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas. No fue una condena penal y fue dos años antes de que el niño naciera.

"Por otra parte, el mismo ha referido tener intención de ir a vivir a DIRECCION002, dónde dice que se está construyendo una casa ahí, y en zona en la que vive también su hermano.

"Así las cosas no puede despreciarse que el demandado tiene un diagnóstico que invita a tener alguna prevención con respecto del ejercicio de sus funciones por el demandado. Al menos hasta que también algunas circunstancias como la que él mismo ha referido referentes a vivir con el núcleo familiar más cercano.

"El perito de la parte actora dice que el tratamiento que lleva a cabo el demandado es el propio de un cuadro anímico grave. Y además con carácter crónico. Pero se debe poner en cuestión la base metodológica de dicha pericial, puesto que parte de una información que le ha referido la propia demandante, es decir, es ella la que informa al perito sobre los medicamentos que toma el demandado y en qué dosis.

"El doc. 3 de los aportados por la representación de D. Casiano refiere que está en tratamiento desde 2003, donde acudió "por un estado distímico". Refiere el doctor que "está tomando un tratamiento mínimo a base de estabilizantes (litio y lamictal)". Se dice que toma Verlafaxina Retard 75, Litio, Lamictal y Noctamid. Concluye que "Casiano no presenta ninguna enfermedad psiquiátrica genuina ni trastorno de personalidad que le impida tener cualquier tipo de actividad normal como su actividad laboral".

"No obstante lo anterior, es prudente no conceder la custodia compartida en tales condiciones aunque sí un régimen de visitas semanal con fines de semana alternos y una tarde intersemanal, siempre que además del demandado esté en su compañía al menos una tercera persona (pareja, hermanos o padres).

"Dicho derecho de gozar el menor de la compañía de su padre se extiende a las vacaciones, en los términos referidos en la parte dispositiva".

2. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del padre por el que solicitaba la adopción de un sistema de custodia compartida. Literalmente se lee en la sentencia:

"Conocida la razón de ser de la presente alzada; en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a las partes a recurrir la resolución de instancia, es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Así, en primer lugar, tratamos el motivo planteado en el recurso del Sr. Alexis por ser nuclear, llave y clave del resto como es la pretensión de una custodia Sección n.º 24 de la Audiencia Provincial de Madrid -Recurso de Apelación- 709/2020 5 de 7 compartida por semanas, cabe decir y recordar para una mejor comprensión de lo que después de dirá que es la doctrina jurisprudencial existente desde noviembre de 1992 que dice: "en la siempre ardua y delicada decisión encomendada al Juez de asignar la custodia del hijo a uno u otro cónyuge, en caso de crisis de su unión y reclamando ambos dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el Juzgador "a quo" en la resolución de tal cuestión, mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia o hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal resolución adoptada tras haber gozado el Juzgador de instancia del privilegiado principio de inmediación y practicarse una serie de pruebas de entre las que sobresale el informe emitido por el perito psicólogo adscrito al Juzgado que proporciona al Juez elementos precisos y preciosos para resolver".



"Partiendo de lo que antecede, del estudio de las actuaciones y de la prueba obrante en autos valorada toda ella en su conjunto, cabe decir en este momento que procede desestimar este motivo al coincidirse con el órgano judicial "a quo" en que es lo correcto en el caso el atribuir la custodia en favor de la madre en exclusiva pues está acreditado en autos con la documental aportada que el Sr. Alexis padece patologías de DIRECCION003 y por lo que está siendo tratado con regularidad por lo que según perito de la parte actora el tratamiento que lleva a cabo el sr. Alexis es propio de un cuadro anímico grave y con el carácter de crónico, diagnóstico que invita a tener, prevención al respecto y siempre con las miras puestas en el "bonum filii" por lo que existe un riesgo que hace que no sea prudente conceder la custodia compartida. El órgano "a quo", entonces decidió con acierto atribuir la custodia a la madre ayudado por el principio de la inmediación, que le permitió formar su convicción de su contacto directo con las pruebas que se desarrollaron en su presencia y acorde a lo decidido con el aval del Ministerio Fiscal que en su informe de fecha 3 y 11 de junio de 2020 pide la confirmación de la sentencia de instancia recurrida, y decir, pide la custodia en favor de la madre en exclusiva y ya sabemos que dicho Ministerio siempre fiel custodio de la juridicidad en esta sede de familia esta, además, especialmente ocupado y preocupado por el "bonum filii" y cabe terminar indicando que a más de más no se dan en el presente supuesto los requisitos para una custodia compartida establecidas en la nueva redacción dada al art. 92 del CC por la ley 15/2005 de 8 de julio pues las partes no han concurrido en este proceso con propuesta de convenio regulador en tal sentido ni a dicha pactación se ha llegado andando el procedimiento ( art. 92.5 CC); como ya apuntamos antes es Ministerio Fiscal pide, de lo actuado la custodia de la madre en exclusiva ( art. 98 del CC); y el órgano judicial "a quo" no, puede decir, de lo que antecede, que la custodia compartida es la solo o única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor ( art. 92.8 "in fine" del CC). Procede, entonces desestimar la pensión de alimentos pedida a cargo de ambos progenitores al no haberse concedido la custodia compartida propuesta".

**3.** El padre interpone contra la sentencia de la Audiencia Provincial recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

En el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el padre contra la sentencia recurrida, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1. 2.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la vulneración de lo establecido en el art. 218.2 LEC y arts. 346 y 348 LEC, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE), al existir un error patente en la valoración de la prueba que evidencia que la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica y absurda.

En el recurso de casación, por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 92.5, 6 y 8 CC en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, art. 39 CE y art. 2 de la Ley Jurídica de Protección del Menor, por considerar que la sentencia aplica incorrectamente el principio de interés del menor y se opone a la doctrina del Tribunal Supremo.

**4.** La madre y el Ministerio Fiscal interesan la desestimación de los recursos.

La madre ha invocado además causas de inadmisibilidad de los recursos a las que, por no ser de las que esta sala considera absolutas daremos respuesta al resolver los recursos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.- Planteamiento del recurso extraordinario por infracción procesal**

**1.** En el único motivo del recurso por infracción procesal, al amparo del art. 469.1. 2.º y 4.º LEC, se denuncia la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales, recogidos en el art. 24 CE, al haber realizado la sentencia una valoración de la prueba arbitraria, ilógica y absurda. El recurrente denuncia la infracción del art. 218.2 LEC y de los arts. 346 y 348 LEC.

**2.** En su desarrollo denuncia la falta de análisis por parte de la Audiencia del informe pericial psicológico realizado por Esmeralda en segunda instancia, y que fue admitido por la Audiencia mediante auto de 30 de septiembre de 2020 como nueva prueba para determinar el régimen de custodia más idóneo. Explica que dicha prueba fue solicitada por el padre, para que previo examen de la unidad familiar se informara sobre el régimen más idóneo, y la Audiencia lo acordó como diligencia final, a efectuar por el equipo técnico adscrito a dicho órgano. El informe fue evacuado y se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, a fin de informar por escrito. Se efectuaron alegaciones a esta prueba por las partes y la Audiencia Provincial de Madrid denegó la comparecencia de la perita porque ya existían pruebas suficientes (se denegó por auto de 15 de febrero de 2022, lo que fue recurrido por la parte y desestimado por auto de 15 de marzo de 2022). Señala que la Audiencia no ha valorado este informe, que es decisivo para la decisión que se debe adoptar, dado que del mismo resulta que el padre está plenamente capacitado para ejercer las funciones parentales y cuidar de su hijo y que existe un fuerte vínculo afectivo entre padre e hijo.



Considera que se infringe el art. 348 LEC en tanto que se ha omitido toda referencia a la pericial y a su valoración con arreglo a las reglas de la sana crítica.

El recurrente cuestiona que su enfermedad le incapacite para el ejercicio de la custodia compartida, y analiza el informe pericial mencionado, destacando los factores positivos de la evolución de su enfermedad, la nula incidencia negativa en la posibilidad de ejercer las funciones parentales con normalidad, la conciencia de que se padece la enfermedad, la estabilización derivada del seguimiento durante el último año del tratamiento médico, etc. En su conclusión final, razona que no existen motivos para impedir la custodia compartida y que no se deduce del informe emitido en la segunda instancia ninguna razón para no acordarla. Por ello, entiende que debería haber sido analizado por la Audiencia, siendo su omisión constitutiva de indefensión y de falta de motivación suficiente, lo que ha dado lugar a una sentencia arbitraria e ilógica.

### **TERCERO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal**

El recurso extraordinario por infracción procesal va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

1. Existe una estrecha conexión entre los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación planteados. En el recurso extraordinario por infracción procesal se denuncian en un solo motivo una serie de defectos procesales de la sentencia recurrida relacionados con un informe pericial psicológico elaborado en la segunda instancia y del que entiende el recurrente resultaría la procedencia de la adopción del sistema de custodia compartida, tal como se plantea en el recurso de casación.

Esa conexión con el recurso de casación determina que el recurso por infracción procesal no pueda ser estimado, pues aunque la sentencia recurrida realiza algunas afirmaciones incorrectas (sobre la intermediación del juez de la primera instancia y el papel de la apelación, o sobre la relevancia de que no haya petición conjunta de la custodia compartida) y lleva a cabo una valoración en conjunto de la prueba sin aludir expresamente al informe pericial psicológico elaborado en segunda instancia por la psicóloga adscrita a la Audiencia Provincial de Madrid, no puede decirse que carezca de motivación ni tampoco que no sea correcta la denegación de la custodia compartida.

2. Respecto del deber de motivación, es jurisprudencia constante de esta sala que la motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo; 774/2014, de 12 de enero de 2015; y 484/2018, de 11 de septiembre). Solo una motivación ilógica o arbitraria, porque en la sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las que sientan las conclusiones del litigio o su fallo, podría ser revisada a través de este recurso. Este no es el caso.

En el caso, la Audiencia ratifica que el mantenimiento de la custodia materna viene aconsejado por la prueba, y la motivación suficiente, o los criterios jurídicos esenciales, como advierte el Ministerio Fiscal en su informe, se extraen del siguiente tenor literal de la sentencia: "Partiendo de lo que antecede, del estudio de las actuaciones y de la prueba obrante en autos valorada toda ella en su conjunto, cabe decir en este momento que procede desestimar este motivo al coincidirse con el órgano judicial "a quo" en que es lo correcto en el caso el atribuir la custodia en favor de la madre en exclusiva pues está acreditado en autos con la documental aportada que el Sr. Alexis padece patologías de DIRECCION003 y por lo que está siendo tratado con regularidad por lo que según perito de la parte actora el tratamiento que lleva a cabo el Sr. Alexis es propio de un cuadro anímico grave y con el carácter de crónico, diagnóstico que invita a tener prevención al respecto y siempre con las miras puestas en el "bonum filii" por lo que existe un riesgo que hace que no sea prudente conceder la custodia compartida".

3. Por otra parte, y de acuerdo con lo señalado por la madre recurrida y por el Ministerio Fiscal, la lectura íntegra del informe pericial muestra las razones por las que, en interés del menor, no procede la adopción de una custodia compartida. Ello hace que el recurso por infracción procesal no pueda ser estimado, por falta de efecto útil, pues aparte de que el informe no vincula al tribunal, que debe valorarlo junto con otras pruebas, del mismo tampoco resulta lo que dice el recurrente.

El recurrente se centra en el análisis del informe pericial invocando el art. 348 LEC, conforme al cual: "El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica". Entiende el recurrente que una valoración del informe pericial hubiera conducido a la adopción de una custodia compartida.

Acerca de esta cuestión conviene advertir, como hemos apuntado ya, que sobre la valoración de los informes psicosociales es doctrina de la sala que tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por



el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales, y que 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 funciones que corresponden al tribunal por su atribución constitucional ( sentencias 705/2021, de 19 de octubre, y 318/2020, de 17 de junio, con cita de las sentencias de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; y 135/2017, de 28 de febrero, y citadas después en otras muchas).

Pero es que además, en este caso, el recurrente lleva a cabo en su recurso una lectura sesgada del informe, pues no es cierta la afirmación del recurrente de que "el informe pericial psicológico realizado en segunda instancia no contiene ni un solo argumento a favor del establecimiento de una guarda y custodia exclusiva materna". Tal afirmación no se corresponde con la realidad. La misma conclusión que se contiene en el informe en clara: "Este trastorno es de carácter crónico, y si bien la evolución en el último año es positiva, mostrando una adecuada adherencia al tratamiento farmacológico, presenta una vulnerabilidad clínica que hay que considerar ya que cursa con periodos de descompensación que podrían afectar al ejercicio de sus funciones parentales". Y a lo largo del informe se contienen otros datos a los que nos referiremos al resolver el recurso de casación que desaconsejan la custodia compartida y se inclinan por la materna.

En definitiva, como dice el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, el recurso por infracción procesal carecería de efecto útil y debe ser desestimado, pues de acuerdo con la doctrina de la sala por el principio de equivalencia de resultados o falta de efecto útil no procede estimar un motivo que no conduzca a una alteración del fallo (entre otras, sentencias 441/2016, de 20 de junio, y 1442/2023, de 20 de octubre).

4. Como quiera que el recurrente alude también a la infracción de otros preceptos, en aras de agotar la respuesta a sus planteamientos, diremos que tampoco se infringe el art. 346 LEC, conforme al cual: "El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar por medios electrónicos al tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado por el Letrado de la Administración de Justicia a las partes por si consideran necesario que el perito concorra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado". La norma se refiere a que el tribunal "podrá" acordar la comparecencia del perito en el acto de la vista para valorar mejor el dictamen realizado, pero no es imperativo el acto de dicha comparecencia.

#### **Recurso de casación**

##### **CUARTO.- Planteamiento del recurso de casación**

1. En el recurso de casación, por la vía del interés casacional ( art. 477.2 3º LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo) y fundado en un motivo en el que denuncia la infracción del art. 92 CC, del art. 3.1 Convención de Derechos del Niño, art. 2 LOPJM, y art. 39 CE y del principio del interés superior del menor, el recurrente sostiene que procede adoptar la custodia compartida. Cita como infringida la doctrina contenida en SSTS 370/2013 de 7 de junio, 515/2015, de 15 de octubre, y 751/2016 de 22 de diciembre.

2. En el desarrollo del motivo se explica que concurren los requisitos para acordar la custodia compartida y que la única razón por la que no se establece es que el padre padece una patología de DIRECCION003 , sin exponer los posibles riesgos que ello tendría para el menor. Alega que padecer una patología psiquiátrica no es óbice para ostentar la custodia de su hijo, máxime cuando está controlada y tratada, lo que sucede en el caso, en el que el padre lleva una vida absolutamente normalizada y estable, dado que tiene una profunda consciencia de su enfermedad. Indica que se ha acreditado con el informe pericial psicológico realizado en la segunda instancia, que la patología que padece no le incapacitada en absoluto para desempeñar las labores inherentes a la guarda y custodia. Añade que la Audiencia se ha basado en un informe de la otra parte que ni siquiera ha valorado personalmente al Sr. Alexis .

Explica que en el informe pericial psicológico realizado en la segunda instancia, que fue propuesto por su parte, y admitido, pero no valorado en la sentencia aquí recurrida (lo que ha sido motivo de denuncia en el recurso extraordinario por infracción procesal) se indica: i) que el padre no presenta ningún indicador psicopatológico que comprometa su desempeño parental; ii) se aprecian adecuadas habilidades para ejercer el cuidado responsable así como capacidad para establecer vínculos afectivos y de apego; iii) no se aprecia presencia de signos de personalidad que dificulten su rol paterno o le incapaciten para el cuidado; iv) se aprecian adecuadas habilidades para un cuidado responsable.

##### **QUINTO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso de casación**

El recurso de casación debe ser desestimado por lo que decimos a continuación.



1. 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. Pero lo anterior no significa que la sala no haya declarado en ocasiones la procedencia de una custodia monoparental, siempre en interés del menor, 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) o cuando existan otras razones que así lo aconsejen ( sentencias 593/2018, de 30 de octubre, y 123/2023, de 31 de enero).

Como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" ( SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

Pues bien, en este caso, la sala considera que el mejor interés de Casiano queda salvaguardado con la situación de custodia exclusiva de la madre. Así lo entendió el juzgado y confirmó la sentencia recurrida, y es interesado por 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.

2. Tiene razón el recurrente cuando señala que no toda enfermedad mental o trastorno de salud mental impide al progenitor asumir el cuidado del menor y el desarrollo de las funciones parentales. Lo decisivo es la repercusión que la enfermedad pueda tener en el menor y ello depende de factores como la gravedad y naturaleza de la enfermedad, la incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece; de la evolución, si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que haya podido producir en la persona que la padece; si hay deterioro, o si por el contrario puede apreciarse una situación de estabilidad en el tiempo; de la conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento que asegura la evolución positiva y del entorno familiar, apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen caso de detectar alguna anomalía.

En este caso, constan una serie de circunstancias que se oponen a considerar que el mejor interés de Casiano quede garantizado mediante una custodia compartida.

Estas circunstancias no consisten, contra lo que afirma el recurrente, en el mero hecho de que el padre esté diagnosticado de DIRECCION003 . Como advierte el Ministerio Fiscal, si leemos los argumentos de la sentencia de primera instancia -que asume la Audiencia Provincial- resulta que "el resto de la prueba" a que se hace referencia es la testifical y la conveniencia de vivir en un entorno próximo a la familia paterna (abuelos y hermano). Son, por tanto, diversas las circunstancias que se han tenido en cuenta. En el mismo informe de la psicóloga de la Audiencia Provincial al que tanta importancia pretende dar el recurrente (que a su vez recoge datos del informe psiquiátrico aportado por el recurrente y elaborado por la Dra. María Inmaculada , con la que la psicóloga entabló además colaboración telefónica, así como del informe emitido por el servicio de enfermería especializado en salud mental) se alude también a datos que se han obtenido de la entrevista con el padre, con la madre y con el propio niño, y que justifican que no se establezca una custodia compartida.

En el informe de la psicóloga D.<sup>a</sup> Esmeralda , cuando se menciona la enfermedad o patología del padre según el informe que él aporta, se dice que D. Alexis padece un DIRECCION003 , crónico, con alta carga genética, que se engloba dentro de los trastornos de estado de ánimo expansivo, experimentando además con frecuencia episodios recurrentes de depresión; en el informe de la psiquiatra se advierte que D. Alexis se encuentra muy estabilizado en la actualidad, y que "es consciente de sus oscilaciones en el estado de ánimo que se incrementan en situaciones de tensión emocional...". En el informe de la psicóloga se alude además a que tras el nacimiento del hijo el cuidado fue atendido principalmente por la madre, mostrando el padre su implicación en las rutinas educativas cuando finalizaba su actividad laboral, "(...) si bien durante las noches era atendido por D.<sup>a</sup> Ofelia , situación acordada por ambos, según indica D. Alexis , al precisar de un fármaco ante las dificultades presentadas en el sueño".

Las diferencias entre los padres sobre la elección de centro escolar (la escolarización del niño fue finalmente acordada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria) o del lugar de seguimiento médico del niño, no son circunstancias que inclinen la balanza a favor de la custodia compartida. Aunque no se exige un acuerdo sin fisuras entre los padres, en este caso la falta de una buena comunicación interparental que se constata en el informe psicológico es un dato más a tomar en consideración para concluir sobre la falta de adecuación de un sistema de custodia compartida.



También es relevante la distancia que existe entre los domicilios de ambos progenitores (27 km.), en especial en atención a la edad de Casiano (nacido el NUM001 de 2018).

A lo anterior debe añadirse que las visitas con el padre se venían realizando en la vivienda de los abuelos paternos, personas autónomas de 80 y 81 años en el momento de elaborar el informe, que contaban con servicio doméstico interno, y cerca de cuyo domicilio vive un hermano del padre con su familia (integrada por tres hijos ya mayores). Sin embargo, el recurrente, finalmente, no se habría ido a vivir cerca de los abuelos o hermano -como así declarara en el juzgado de 1ª instancia-, en DIRECCION002, sino en una vivienda en DIRECCION004, por lo que el cambio de domicilio no asegura el mantenimiento de los apoyos ni la proximidad a la familia paterna.

En definitiva, frente a estas circunstancias no pueden prevalecer los argumentos del recurrente, pues que sea consciente de su enfermedad y sea responsable con el tratamiento y medidas para evitar recaídas es solo un dato que debe valorarse junto con los mencionados, y que permite, como se ha acordado en la instancia, establecer un sistema de relaciones y visitas con la compañía de terceras personas (pareja, padres, hermanos), sin perjuicio de que, como dice el Ministerio Fiscal, se pueda solicitar la supresión de esta exigencia si las circunstancias y los informes actualizados así lo hacen aconsejable, en el sentido indicado en el informe psicológico.

Como advierte el Ministerio Fiscal, si bien es cierto que el juicio de diagnóstico realizado por el informe psiquiátrico de 19 de noviembre de 2021 es favorable a la pretensión de D. Alexis (tras un cambio de médico tras no obtener apoyo del anterior en el procedimiento judicial de medidas paternofiliales), se constata también que, padeciendo una enfermedad crónica y aun presentando una evolución positiva, mostrando una adecuada adherencia al tratamiento farmacológico, presenta, en el momento actual, una vulnerabilidad clínica que hay que considerar ya cursa con periodos de descompensación que podrían afectar al ejercicio de sus funciones parentales. La conclusión clara es que está en riesgo de reversión y que el diagnóstico de su enfermedad justifica el razonamiento de la sentencia de primera instancia, asumido por la Audiencia: "El demandado tiene un diagnóstico que invita a tener alguna prevención con respecto del ejercicio de sus funciones (...). Al menos hasta que también algunas circunstancias como la que él mismo ha referido referentes a vivir con el núcleo familiar más cercano". Hecho que no se ha producido, al contrario, se ha distanciado del domicilio de los abuelos paternos y del hermano en DIRECCION002.

Por todo ello el recurso de casación se desestima y confirmamos el fallo de la sentencia recurrida.

#### **SEXTO.- Costas**

La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación conlleva la imposición de las costas devengadas por ambos recursos a la parte recurrente.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y 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 Alexis contra la sentencia dictada con fecha de 17 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 709/2020 dimanante del procedimiento de guarda y custodia n.º 350/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Majadahonda.

**2.º-** Confirmar el fallo de la sentencia recurrida.

**3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas causadas por ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos.

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.