



Roj: **STS 2783/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2783**

Id Cendoj: **28079110012022100532**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2022**

Nº de Recurso: **7297/2021**

Nº de Resolución: **545/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 545/2022**

Fecha de sentencia: 07/07/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 7297/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 7297/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 545/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Aurora , representada por la procuradora D.ª M.ª Luisa Santamaría Caballero, bajo la dirección letrada de D./ D.ª, contra la sentencia n.º 111, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en



el recurso de apelación n.º 874/2020, dimanante de las actuaciones n.º 1296/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000, sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados. Ha sido parte recurrida D. Segundo, representado por la procuradora D.ª M.ª Isabel Herrada Martín y bajo la dirección letrada de D. Antonio Espinosa de los Monteros Vega.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Isabel Herrada Martín, en nombre y representación de D. Segundo, interpuso demanda contenciosa sobre guarda y custodia y reclamación de alimentos para hijos menores no matrimoniales contra D.ª Aurora, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que estimando la presente demanda acuerde:

1. Atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de edad al padre.
2. La patria potestad permanecerá compartida entre los padres.
3. El establecimiento del siguiente régimen de visitas a favor de la madre:

Fines de semana alternos, desde la salida del Colegio hasta las 20:00 horas del Domingo. Si su horario del trabajo se lo permitiera, los Miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas. La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano, correspondiendo al padre el primer turno en los años pares y a la madre en los años impares. Las recogidas y las entregas se harán en el domicilio familiar.

Para el caso de que los miércoles, los menores tuvieren alguna actividad extraescolar, será la madre la encargada de llevar a los menores a dicha actividad así como de recogerlos de la misma.

Puentes: Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios la menor, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor con quien esté la hija ese fin de semana. A tal efecto se considerará como comienzo del puente la hora de salida del colegio de la menor el último día lectivo, y como finalización del mismo, las 20:00 horas del día inmediatamente anterior al primer día lectivo en los meses de octubre a marzo ambos inclusive, y las 21:00 horas del día inmediatamente anterior al primer día lectivo en los meses de abril a septiembre, también ambos inclusive, debiendo entregarla en el domicilio de la madre.

La madre recogerá al niño directamente en centro escolar, y lo reintegrará al padre en el domicilio familiar.

En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se repartirán, entre ambos progenitores, por periodos alternos, correspondiendo al padre tener al menor en su compañía dos semanas durante las vacaciones estivales, considerando estas sólo los meses de Julio y Agosto y eligiendo los años pares el padre y los impares la madre.

a) Vacaciones Estivales: En los años pares: desde las once horas del día primero de julio hasta las veinte horas del día quince de julio y lo mismo en agosto. En los años impares: desde las once horas del día dieciséis de julio hasta las veinte horas del día treinta y uno de julio y lo mismo en agosto. El niño será recogido y entregado en el actual domicilio de la madre.

b) Semana Santa: Desde las once horas del sábado anterior a la Semana Santa, hasta las veinte horas del Jueves Santo en los años pares; y desde las once horas del Viernes Santo hasta las veinte horas del Lunes de Pascua en los años impares.

El niño será recogido y entregado en el actual domicilio de la madre, con la salvedad mencionada.

c) Vacaciones de Navidad: desde las once horas del día 22 de diciembre hasta las veinte horas del día 31 de diciembre en los años pares; y desde las once horas del día 31 de diciembre hasta las veinte horas del día 6 de enero en los años impares. El niño será recogido y entregado en el actual domicilio familiar.

Cuestiones comunes en relación a las recogidas y las entregas:

- En caso de enfermedad de la menor, aquel de los progenitores en cuya compañía se encuentre, se lo comunicará inmediatamente al otro. Al igual que las visitas médicas urgentes que se notificarán en el momento, y las previstas en cuanto se tenga la cita médica.



- En todas las entregas y recogidas de la menor, y en caso de imposibilidad laboral y/o personal de los padres de desplazarse al Colegio y/o al domicilio donde se lleven a cabo las mismas, los padres podrán valerse de familiares y/o cuidadores, siempre poniendo este extremo en conocimiento de la otra parte con la debida antelación.

- Todas las entregas y recogidas de la menor se realizarán en el domicilio familiar a salvo de las que deban hacerse en el Centro escolar.

- Los progenitores no podrán viajar fuera del territorio nacional en compañía de la menor sin consentimiento expreso del otro progenitor, o en su defecto, de autorización judicial.

- Durante los periodos vacacionales, las visitas de fines de semana alternos, y las intersemanales, quedarán suspendidas.

- El progenitor que se encuentre con los menores permitirá y facilitará en todo momento la comunicación telefónica, epistolar, electrónica o audiovisual con el otro, siempre que esta no se produzca de forma caprichosa, injustificada o fuera de los horarios normales para ello. Para el cumplimiento de este punto los padres, pondrán en conocimiento del otro el número de teléfono del domicilio y dirección del lugar donde permanezcan la menor.

4. Uso y disfrute del domicilio y del ajuar familiar: Se atribuya al padre y a los hijos menores de edad, el uso y disfrute del domicilio familiar sito en DIRECCION001 (Madrid), CALLE000 , nº NUM000 , CP ( NUM001 ), todo ello hasta que los hijos cuenten con suficiente independencia económica que les posibilite hacer vida absolutamente independiente de sus padres.

Igualmente se atribuya al padre y a los dos menores, los bienes muebles, enseres y ajuar familiar que existan en tal domicilio, pudiendo el padre retirar los objetos de su exclusivo uso personal, si no lo hubiera hecho ya, así como todos aquellos, objetos, muebles, enseres, etc, que los progenitores de común acuerdo consideren deben repartir entre ellos. Serán de cuenta exclusiva del progenitor al que se ha atribuido el uso de la vivienda, además de todos aquellos gastos que deriven de los suministros con que cuente la vivienda, los siguientes gastos: cuotas ordinarias de la 21 comunidad de propietarios, tasa de recogida de residuos sólidos urbanos, tasas de alcantarillado y salida de carruajes y vado.

5. Alimentos a favor de los hijos: de CIENTO CINCUENTA EUROS (150 Euros) mensuales para cada uno de ellos.

Esta cantidad se abonará hasta que los menores tengan suficiente independencia económica que le permita mantenerse sin depender económicamente de sus padres. La pensión alimenticia será abonada por 12 mensualidades al año. Dicha cantidad será ingresada mensualmente, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe el padre. Esta cantidad será revisada anualmente, conforme al incremento que experimente el índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiera asumir sus funciones. A estos efectos, llegada la fecha de actualización, que será la de la fecha de la Sentencia, se efectuará ésta aplicando la diferencia entre el último índice publicado y el correspondiente con igual mes del año precedente. Sin perjuicio de lo anteriormente pactado, en el caso de gastos extraordinarios que pudieran producirse en la vida de la hija común, tales como intervenciones quirúrgicas no cubiertas por un seguro médico privado si estuviera vigente o por la seguridad social, ortodoncia, gastos farmacéuticos no ordinarios, actividades extraescolares no previstas, ampliaciones de horario escolares que sean imprescindibles, formación complementaria que sea imprescindible, etc., ambos progenitores contribuirán por mitad, debiendo notificarse el hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo para su aprobación. En caso de discrepancia se someterán a la decisión judicial. En ningún caso tendrán la consideración de gasto extraordinario los gastos de matrícula escolar, libros escolares, material escolar y vestuario escolar.

6. Levantamiento de las cargas familiares. El levantamiento de las cargas familiares, incluido el IBI que grava la vivienda, seguro de la misma, y cualesquiera otros impuestos que graven la vivienda común, serán satisfechos por ambos progenitores en proporción a su participación en el mismo. Se abonará asimismo en la misma proporción a su participación en el inmueble, la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar, y todo ello hasta la íntegra amortización del préstamo hipotecario.

7. Las demás que en derecho fueren pertinentes.

8. Subsidiariamente, y para el caso que no fuera atribuida la guarda y custodia a mi mandante, se acuerde la guarda y custodia compartida de los hijos menores con el régimen siguiente:

En lo referente a la guarda:



- Cada progenitor tendrá en su compañía los hijos comunes durante periodos semanales, de forma alterna, iniciándose el turno de guarda por la madre. Los hijos vivirán en el domicilio familiar sito en DIRECCION001 (Madrid), CALLE000, n.º NUM000, siendo los padres los que alternen y permaneciendo los hijos en el domicilio familiar. El día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la custodia dejará a los menores en el Centro Escolar, recogidos el otro progenitor haciéndose ya cargo esa semana y así sucesivamente de forma alternada.

- Si para el interés de los menores fuese más conveniente que la custodia compartida tuviera lugar en el domicilio de cada uno de los progenitores, también sería posible dada la proximidad del domicilio de mi mandante ( CALLE001 n.º NUM002, en DIRECCION002 (Madrid) al Colegio de los menores se propone una custodia semanal, siendo también el día de intercambio el lunes en que el progenitor que ostenta la custodia dejará a los menores en el Centro Escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada. Si el lunes fuera festivo el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo entregará en el domicilio del otro progenitor.

En cuanto a las Vacaciones, se interrumpirá el régimen de custodia compartida y cada progenitor disfrutará por mitad de los periodos vacacionales:

- Vacaciones de Navidad, los hijos pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con el progenitor no custodio, iniciándose el primer periodo el día siguiente a aquél en que finalicen las clases y finalizando el mismo, el día 31 de diciembre al mediodía. El segundo periodo comenzará el día 31 de diciembre al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior a aquél en que comiencen las clases.

- En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, los hijos pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa con el progenitor no custodio, según elija éste, iniciándose el primer periodo el día siguiente a aquél en el que finalicen las clases y finalizando el mismo, el miércoles al mediodía. El segundo periodo comenzará el primer miércoles al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior a aquél en que comiencen las clases.

- En cuanto a las vacaciones estivales, Julio y Agosto, los hijos pasarán un mes de sus vacaciones con el progenitor no custodio, según elija éste.

En los periodos vacacionales, los hijos podrán viajar con el progenitor siempre que éste lo comunique previamente al otro, obligándose ambos a facilitarse la documentación necesaria para que puedan llevar a cabo los viajes vacacionales. En cuanto a los días señalados, los hijos pasarán el día de cumpleaños del padre o de la madre con éste, con respeto a su horario y obligaciones escolares y extraescolares.

- El día de cumpleaños de los hijos, el progenitor no custodio podrá visitarlos y tenerlos en su compañía en la comida o cena, con respeto a las obligaciones y horario más adecuado para los hijos.

En cuanto a los gastos:

- Cada uno de los padres asumirá los gastos de los menores en el periodo que convivan con él, siendo los gastos extraordinarios por mitad.

En cuanto al uso del domicilio familiar:

- Que se atribuya el uso del domicilio familiar a los menores y al progenitor en cuya guarda queden.

- En caso de no admitir que la custodia compartida sea en el mismo domicilio, se atribuya el uso al padre.

Apruebe el Plan de Parentalidad propuesto por mi mandante".

**2.-** La demanda fue presentada el 31 de octubre de 2017, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000, se registró con el n.º 1296/17. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** La procuradora D.ª M.ª Luisa Santamaría Caballero, en representación de D.ª Aurora, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] se dicte sentencia por la que, sentencia en virtud de la cual (sic) se desestimen las pretensiones contenidas en la misma, estableciéndose que:

**1º.- GUARDA Y CUSTODIA.**

La guarda y custodia de los menores, Darío y Santiago, de 8 y 4 años de edad respectivamente, la ostentará la madre, Doña Aurora, pues es quien se ha ocupado desde el principio de ambos niños, de manera principal. Este régimen se llevará a cabo en el que hasta entonces ha venido siendo el domicilio familiar.



Nos remitimos a todo lo recogido sobre este particular en alegaciones anteriores, dándolas por reproducidas por razones de economía procesal.

## 2º.- RÉGIMEN DE VISITAS.

Nos oponemos al solicitado por la contraparte, entre otros extremos porque ni tan siquiera es uniforme, solicitando un régimen en algunas partes y otro diferente en otras (ver por ejemplo en verano, en un sitio de la demanda pide meses alternos y en otro quincenas [sic]...) y pedimos que se acuerde el siguiente.

### 2.1.- Visitas de fin de semana, inter semanales puentes y festivos.

A falta de acuerdo, el padre estará en compañía de los menores los fines de semana alternos, desde el viernes que les recogerá a la salida del colegio hasta el lunes que les reintegrará al colegio.

Igualmente, a falta de acuerdo, el padre estará en compañía de los menores una tarde a la semana, en concreto la de los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas que les reintegrará al domicilio materno.

Durante los fines de semana considerados como "puentes", los mismos se unirán al fin de semana del progenitor en cuya compañía tenga que estar los menores.

Los festivos escolares (no festivos nacionales o autonómicos) serán disfrutados de manera alterna entre los progenitores. Quien gozará del primer festivo será la madre, rotándose, en consecuencia, los sucesivos que se produzcan.

### 2.2.- Navidades, Semana Santa y Vacaciones de Verano.

#### Vacaciones de Semana Santa

Dada la corta duración de este periodo vacacional los progenitores acuerdan que las mismas se alternarán en su integridad un año para cada progenitor, atribuyéndose los años pares a la madre, y atribuyéndose los años impares al padre.

Cuando sea el padre quien tenga que disfrutar de las vacaciones de Semana Santa con los menores, este les recogerá del colegio el día que finalicen las clases escolares y les llevará al domicilio materno, a las 20:00 horas, el día inmediatamente anterior al comienzo de las clases nuevamente.

#### Vacaciones de Verano

Las vacaciones de verano se dividirán en periodos de 15 días continuos -con las excepciones que en el párrafo siguiente se expondrán, relativas a los últimos días de junio y los primeros de septiembre-, de forma que los niños estén con cada progenitor en esos periodos dentro del mismo mes. Los periodos serán desde la salida del colegio el último día lectivo de los niños hasta las 20:00 horas del día 15 de julio y desde las 20.00 horas del día 15 de julio a las 20:00 horas del día 31 de julio. Desde las 20.00 horas del día 31 de julio a las 20:00 horas del día 15 de agosto y desde las 20:00 horas del día 15 de agosto a las 20:00 horas del día anterior al inicio de las clases escolares en septiembre.

Igualmente, el periodo comprendido desde el último día de escolarización de los menores en junio se unirá a la primera quincena del mes de julio, debiendo disfrutar dicho periodo de junio el progenitor que elija la primera quincena del mes de julio, recogiendo a los niños en el colegio y quedándose ya con ellos hasta el 15 de julio. Por su parte, el último periodo comprenderá desde el día 15 de agosto (a las 20:00 horas) hasta el día anterior al inicio de las clases escolares en septiembre.

Ambos progenitores, comenzando por la madre el primer año de vigencia de este régimen, se alternarán en la elección de los periodos vacacionales que quieran tener a Darío y Santiago, comunicando el lugar donde vaya a disfrutarse dicho periodo al progenitor que proceda al menos con un mes de antelación.

Durante estos periodos, el régimen de visitas se interrumpirá, volviendo a reanudarse al terminar los mismos, disfrutándolo el progenitor al que le tocara, según el turno correspondiente.

Para la elección de los periodos, los años pares elegirá la madre y los impares el padre.

Si el progenitor que tenga que disfrutar del segundo periodo de estancia con los menores es la madre, el padre les llevará al domicilio materno, a la hora indicada, salvo pacto en contra entre los progenitores. Si, por el contrario, el padre tiene que disfrutar del primer periodo, el mismo procederá a recoger a sus hijos en el domicilio materno a la hora indicada horas, salvo pacto en contra entre los progenitores.

Los progenitores habrán de comunicarse el lugar donde vaya a disfrutarse dicho periodo al progenitor que proceda al menos con un mes de antelación.

#### Vacaciones de Navidad:





Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, que comprenderán desde la salida del centro escolar el último día lectivo, hasta las 20.00 horas de día 30 de diciembre; o bien el comprendido entre las 20.00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del día inmediatamente anterior al comienzo de las clases.

No obstante lo anterior, el día 6 de enero los niños podrán estar en compañía del progenitor con el que no estén disfrutando de este segundo periodo, recogidos del domicilio donde se encuentren a las 16:30 horas y reintegrándole al mismo a las 21:00 horas del mismo día que les llevará al domicilio del progenitor con quien los menores ha de pernoctar esa noche (si tienen que seguir disfrutando las vacaciones con ese progenitor).

Para la entrega y recogida de los menores, el progenitor que tenga que disfrutar del segundo periodo irá a recogerles al domicilio donde estén y les llevará al mismo al finalizar dicho segundo periodo -las veces que los menores tengan que pernoctar con la madre por empezar al día siguiente las clases escolares-.

Con relación a los periodos, los años pares elegirá la madre y los impares elegirá el padre, sin perjuicio de acuerdo distinto entre los progenitores.

Ninguno de los progenitores impedirá el contacto telefónico, o cualquier otra comunicación hablada o escrita de los menores con el otro progenitor, bajo ningún concepto, ya sea durante la semana como en los periodos vacacionales, fomentando y favoreciendo en todo caso el contacto y la relación de los niños con el otro progenitor. Al efecto, y para evitar entorpecer la rutina de los menores y como garantía de ambos progenitores, como horario de llamadas se establece el comprendido entre las 18:00 y las 20:00 horas.

Régimen especial en caso del cumpleaños del padre, cumpleaños de la madre, el día del padre y el día de la madre.

Los progenitores acuerdan que, tanto el día del cumpleaños del padre, como el "día del padre", los menores estarán en compañía de su padre el día del cumpleaños del mismo, esto es, el día 2 de junio, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas que les reintegrará al domicilio de la madre o -si es festivo desde las 11:00 horas que les recogerá del domicilio materno (si están con la madre) hasta las 20:00 horas que les reintegrará al domicilio materno.

Con relación al "día del padre", si es festivo, el mismo podrá estar en compañía de los menores desde las 11.00 horas que el Sr. Segundo les recoja del domicilio materno, y les reintegrará al mismo a las 20.00 horas. Si no fuera festivo, se seguirá el mismo régimen expuesto para el cumpleaños del padre.

6º.- En el caso del cumpleaños de la Sra. Aurora, es decir el 14 de abril y el "día de la madre", los menores estarán con ella, le corresponda o no, recogidos del domicilio del colegio y reintegrados al domicilio del padre - si tienen que estar con el - y si los niños están con el padre, les recogerá a las 11.00 horas y quedándose ya con ellos (si no tienen que volver con su padre) o reintegrados al domicilio **paterno** a las 20.00 horas, para el supuesto de que tengan que seguir disfrutando de unos días más con el padre. En relación al cumpleaños de Aurora, los menores estarán en compañía de su madre ese día, esto es, el día 14 de abril, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas que les reintegrará al domicilio de la madre (sic) (si tienen que estar con él) o -si es festivo desde las 11:00 horas que les recogerá del domicilio **paterno** (si están con la madre) hasta las 20:00 horas que les reintegrará al domicilio **paterno** si tienen que seguir con él.

### 3º. - USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

El domicilio familiar ha de ser atribuido a los menores y a la progenitora custodia, esto es, a Doña Aurora, hasta que los niños alcancen independencia económica o la edad (el pequeño de ellos) de 25 años.

Lo anterior, como es obvio, se hace en beneficio de ambos niños, al objeto de que la situación de ruptura de los padres afecte lo menos posible a sus rutinas y hábitos de vida, máxime teniendo en cuenta lo pequeños que son y las enormes dificultades que tendrían en comenzar una vida sin uno de los progenitores en un entorno distinto. El favor filli ha de prevalecer sobre todo el resto de circunstancias, debiendo preservar la integridad y tranquilidad de los hijos menores de la pareja, sobre todas las cosas.

Es de destacar que desde junio de 2017 los niños están con su madre en la vivienda, habiéndose alquilado el padre una casa en DIRECCION002, compartiéndola (al parecer) con su actual pareja y los dos hijos menores de edad de la misma. Darío y Santiago están perfectamente adaptados ya a esta situación, y por tanto, sus rutinas no se les han de trastocar nuevamente (aún están asimilando la ruptura de sus padres y a la pareja e hijos -sus nuevos hermanos, según les denomina el padre- del progenitor).

### 4º.- PENSIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS MENORES, Darío Y Santiago .

Solicitamos sea acordada una pensión de alimentos a favor de los menores de cuatrocientos euros al mes (400 euros al mes) por cada hijo, esto es OCHOCIENTOS EUROS AL MES (800 €/mes) por los dos niños, pensión que



es plenamente ajustada a Derecho y que, satisface los derechos de los alimentistas, como las obligaciones del alimentante, obligado a su pago.

El padre deberá ingresar la pensión de alimentos en la cuenta del BBVA número NUM003 , por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

La cuantía de la pensión de alimentos será actualizada a primeros de enero de cada año, según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo, dado por el Instituto Nacional de Estadística o índice y organismo por los que estos puedan ser sustituidos en el futuro para adecuar la cuantía ahora establecida al tiempo de su abono.

Con dicha pensión se cubren las necesidades de los niños, sin perjudicar los gastos y necesidades de los progenitores.

GASTOS EXTRAORDINARIOS: tendrán tal consideración, en todo caso, los siguientes: Los gastos médicos, seguros, medicinas, oftalmológicos, odontológico, y educativos (todos los gastos relativos a los estudios tales como: matrícula, uniforme, libros, actividades extraescolares, tasas para los exámenes y clases de apoyo a los estudios), siendo dichos gastos sufragados al 50% por ambos progenitores.

La madre deberá enviar por email o por escrito al padre el presupuesto o documento similar que los compruebe, y el padre podrá oponerse únicamente en caso de que aporte un presupuesto de valor inferior, teniendo la obligación de abonar tales gastos al principio del mes siguiente en la cuenta designada por la madre.

El número de cuenta donde el padre deberá hacer los ingresos de la pensión de alimentos, entre los días 1 y 5 de cada mes, es: cuenta del BBVA número NUM003 .

#### 6º.- PENSIÓN INDEMNIZATORIA

No se va a solicitar ninguna cantidad por este concepto.

7º.- ESPECIFICACIÓN DE GASTOS CUYO ABONO HA DE HACERSE AL INHERENTES A LA PROPIEDAD (algunos incluidos en el detalle de gastos ut supra relacionados y otros no).

D. Segundo deberá abonar (como lo hacía durante su convivencia con Doña Aurora ), el 50% de los dos préstamos que sobre la vivienda pesan (domiciliado uno de ellos en la cuenta común y el otro restado de la nómina de Doña Aurora ), cuya cuantía total asciende a la de 1.151 Euros al mes. Por dicho concepto ha de pagar 575,50€/mes.

3º.- Con costas a la parte actora".

4.- En el acto de la vista, se acordó la acumulación del procedimiento de Guarda, Custodia y Alimentos n.º 1548/17 y la pieza de **medidas** Coetáneas de idéntico número, seguidos también ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 , al procedimiento n.º 1296/2017.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora demandante, en nombre y representación de Don Segundo contra Doña Aurora , establezco en relación a los hijos comunes Darío y Santiago , las siguientes **medidas**:

- 1.- La titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre los menores, será compartida por ambos progenitores.
- 2.- Se atribuye la guarda y custodia de ambos menores a la madre, doña Aurora , en cuya compañía quedan.
- 3.- Se establece un régimen de visitas a favor del padre, consistente en semanas alternas, desde el jueves que serán recogidos por el padre a la salida del colegio hasta el lunes que les reintegrará en el colegio, añadiéndose además un día inter semanal (el martes, salvo acuerdo distinto), desde la salida del colegio hasta las 20 horas que los devolverá al domicilio familiar.

Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano se dividirán entre ambos por mitad en períodos de igual duración y que comprenderán desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 20,00 horas del día anterior al comienzo de las clases y que en caso de desacuerdo elegirá el padre los años pares y la madre los años impares, debiendo comunicar al otro progenitor el período elegido con al menos un mes de antelación al comienzo de su disfrute. Las vacaciones de verano se repartirán por quincenas, habida cuenta de la edad de los menores.

El día del padre y cumpleaños del padre lo pasarán los menores con el padre, y el día de la madre y cumpleaños de la madre lo pasarán los menores con la madre. Con relación a estas fechas si correspondieran con un día



lectivo el horario de estancias con cada progenitor será desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas. Si no fuera lectivo, el horario de estancias será de 10 a 20,00 horas.

Las entregas y recogidas que no sean en el centro escolar, lo serán en el domicilio materno.

Este régimen de visitas se llevará a cabo, salvo que ambos progenitores de común acuerdo dispongan otro distinto.

4.- En concepto de pensión alimenticia en favor de los menores, se establece que el padre, dentro de los cinco primeros días de cada mes abone a la madre, en la cuenta que ésta designe, la cantidad de 225 euros al mes por cada uno de sus hijos (450 euros), actualizándose dicho importe anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el I.P.C., publicado por el I.N.E u organismo que le sustituya.

Ambos progenitores contribuirán al 50% en los gastos extraordinarios de sus hijos, entre otros los gastos médicos y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, previo acuerdo entre los progenitores a su establecimiento o en su defecto autorización judicial, salvo en los casos de urgencia.

En cuanto a los gastos inherentes a la propiedad de la vivienda familiar cuya copropiedad ostentan, deberán ser pagados al 50% por ambos copropietarios (cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda, IBI, seguro de la vivienda y derramas extraordinarias de la comunidad de propietarios por mejoras).

5.- El uso y disfrute del domicilio familiar se atribuye a los menores y a su madre.

No procede expresa condena en costas".

Con fecha 9 de enero de 2019 se dictó auto de rectificación con la siguiente parte dispositiva:

"Se acuerda rectificar el/la Sentencia nº 770/2018, dictado/a en fecha 19/12/2018 en el presente procedimiento, en los siguientes términos: Sentencia dictada por el/la Juez/Magistrado-Juez D./Dña. Isabel Calahorra García".

Y con fecha 1 de febrero de 2019 se dictó auto que acuerda:

"Se desestima la petición formulada por D./Dña. Aurora de aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 19/12/2018.

En consecuencia no ha lugar a variación en el texto de la referida resolución".

#### **SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de ambas partes litigantes.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 874/2020, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Segundo, y desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dª Aurora, frente a la sentencia de 19 de diciembre de 2018, dictada en proceso de guarda, custodia y alimentos nº 1296/2017, tramitado en el juzgado de 1ª Instancia nº 7 de DIRECCION000, que se revoca parcialmente y en su lugar se acuerda:

1.- Fijar una custodia compartida, que se hará, a falta de acuerdo entre los progenitores, por semanas alternas, con intercambios los viernes a la salida del centro escolar. Estando los menores con cada progenitor la mitad de los periodos vacacionales de verano (que se harán por quincenas alternas, salvo acuerdo, considerando los días no lectivos de junio como una quincena y los de septiembre igual), Semana Santa y Navidad; eligiendo el padre los años pares y la madre los impares.

2.- Cada progenitor, se hará cargo de la manutención de los menores, en los periodos que convivan con ellos.

3.- Cada progenitor abonar el 50 % de todo tipo de gasto escolar (matrículas, libros, material escolar, comedor escolar si fuese necesario, uniformes y ropa deportiva escolar, excursiones, actividades extraescolares que se estén haciendo ahora, cuotas del colegio, transporte etc.) de los hijos.

4.- Cada progenitor, abonará al 50 % de los gastos extraordinarios.

5.- El uso de la vivienda familiar, se atribuye a Dª Aurora hasta que se ponga fin a la copropiedad que ambas partes tienen sobre dicho inmueble, siempre y cuando ello se produzca antes del 31 de diciembre de 2021;





pues a partir de esa fecha se fija un uso por años alternos, empezando por el padre; salvo que la madre acepte abonar a D. Segundo el 50 % de la renta que se pueda obtener por el alquiler del inmueble (a designar por una agencia inmobiliaria a falta de acuerdo entre ellos), en tanto en cuanto no se ponga fin a su cotitularidad. Siendo de cargo de quien ostente el uso, el abono de suministros, cuotas ordinarias de comunidad si las hubiera y tasa de basura; mientras que los gastos inherentes a la propiedad serán abonados por ambos en función de la titularidad que cada uno de ellos tiene en el inmueble.

6.- Los préstamos vinculados a la propiedad del inmueble se deberán cumplir, según las cláusulas y condiciones fijadas en el título constitutivo de los mismos.

Todo ello, sin hacer especial imposición de las costas devengadas por el recurso de apelación formulado por D. Segundo, e imponiendo a D<sup>a</sup> Aurora las costas procesales devengadas por la tramitación de su apelación".

Con fecha 10 de marzo de 2021 se dictó auto con el siguiente fallo:

"Procede denegar la aclaración solicitada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Aurora, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Santamaría Caballero, en la Sentencia dictada en fecha 4 de febrero de 2021, con n<sup>o</sup> 111-21, según lo dispuesto en el Fundamento único de la presente resolución".

Siendo el tenor literal del segundo párrafo de dicho auto:

"Aclaración que no procede en este caso, pues la referencia a un posible pago de alquiler no se fija en base al % que cada uno tiene en la propiedad del inmueble, sino en base al uso alternativo que se fija, y que se puede modificar/evitar mediante el abono de esa renta".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luisa Santamaría Caballero, en representación de D.<sup>a</sup> Aurora, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 469.1.2<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 218.2 por insuficiencia de motivación de la LEC causando indefensión contraviniendo el art. 24.1 de la CE.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 de la CE, por cuanto la resolución recurrida incurre en un error notorio o patente al valorar la sentencia de la audiencia la prueba de forma ilógica (dicho sea con absoluto respeto y en ánimo de estricta defensa), en contra del principio de favor filii, vulnerando así mismo el 348 de la LEC, al modificar el sistema de custodia monoparental materna establecido en primera instancia y vulneración del interés del menor por la infracción de artículo 3 de la convención sobre el derecho de los niños".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC por infracción del art. 92 del Código Civil, con vulneración de los arts. 2, 3 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, art. 39.4 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1999 (resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) así como los artículos 92, 154 a 159 C.C. que consagran el interés del menor, principio de información del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC por infracción del artículo 92.5, 6, 7, 8 y 9 del Código Civil, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la **medida** de guarda y custodia compartida (entre otras y por todas las que se acompañan como DOCUMENTOS 11 A 18, de 17 junio de 2020, 25 de abril de 2018, 27 de septiembre de 2017, 17 de enero de 2017, 21 de septiembre de 2016, 26 de mayo de 2016, 17 de marzo de 2016 y 9 de marzo de 2012) por no darse los requisitos necesarios para la misma. Constan en el procedimiento causas que desaconsejan el sistema de custodia compartida por lo que no procede establecerlo. Se vulnera el art. 92 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, pues el interés de los menores afectados no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por el Tribunal Supremo para la correcta aplicación del principio de protección del interés del menor a la hora de justificar el régimen de custodia compartida adoptado, y no debe acordarse dicho modelo cuando existe una alta conflictividad entre los progenitores tal y como constata el informe psicosocial".



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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de enero de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"La Sala acuerda:

1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Aurora contra la sentencia dictada, con fecha 4 de febrero de 2021, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 874/2020, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 1296/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 .

2.º) Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Y evacuado, dese traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

Contra esta resolución no cabe recurso".

Dicho auto fue rectificado por resolución de 2 de junio de 2022, que tiene la siguiente parte dispositiva:

"1.º- Rectificar el error material apreciado de oficio en el apartado 1.º de la parte dispositiva del auto de fecha 26 de enero de 2022, en el sentido siguiente:

"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por doña Aurora contra la sentencia dictada, con fecha 4 de febrero de 2021, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 874/2020, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 1296/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 ".

2.º- Contra esta resolución no cabe recurso alguno".

3.- Dado traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo verificó mediante la presentación del correspondiente escrito. El Ministerio Fiscal también presentó el correspondiente informe.

4.- Por providencia de 6 de mayo de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 29 de junio del presente, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes de hecho relevantes

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de las consideraciones siguientes:

1º.- El demandante D. Segundo presentó demanda de solicitud de fijación de **medidas** con respecto a sus hijos menores de edad contra la madre de los niños D.ª Aurora . El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 . En la demanda postulaba se le atribuyera la guardia y custodia sobre los menores Darío , nacido el NUM004 de 2009, y Santiago , el NUM005 de 2013, se fijara un régimen de visitas a favor de la madre, así como que ésta contribuyera con la suma de 150 euros mensuales por cada hijo en concepto de alimentos y gastos extraordinarios por mitad.

La madre, por su parte, solicitó que se le atribuyera la guarda y custodia de sus hijos, régimen de visitas a favor del padre, con una pensión de alimentos de 400 euros por cada hijo, así como el 50% de los gastos extraordinarios.

El Ministerio Fiscal igualmente solicitó la atribución a la madre de la custodia sobre los menores con un amplio régimen de visitas a favor del padre, como el fijado en el auto de **medidas** provisionales de 18 de mayo de 2018, así como una pensión de alimentos de 225 euros mensuales por cada hijo a cargo del padre, más la mitad de los gastos extraordinarios.

2.- Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del juzgado de primera instancia, en la que, con apoyo en la prueba psicosocial practicada, que aconseja mantener la custodia materna sobre los niños, así como con fundamento en la existencia de episodios puntuales de descontrol verbal por parte del padre, así como por la concurrencia de una relación muy deteriorada y de alta conflictividad entre los litigantes, acordó la atribución de la guarda y custodia a la madre, como se había acordado en el auto de **medidas**, con la determinación de un rico régimen de comunicación con el padre, con una prestación de alimentos de 225 euros mensuales por cada hijo.



**3.-** Contra dicha sentencia se interpuso por ambas partes recurso de apelación. El padre interesó la custodia a su favor o, en su caso, compartida, así como que, en el supuesto de mantenerse la sentencia, los alimentos debían rebajarse a 150 euros por cada hijo. La madre cuestiona la sentencia, al no haberse pronunciado sobre las pretensiones relativas a los préstamos que gravan la vivienda a satisfacer al 50%.

El conocimiento del recurso correspondió a la sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid que, con revocación de la pronunciada en primera instancia, consideró que las desavenencias existentes entre los padres no son incompatibles con la guarda y custodia compartida, acordando dicho régimen de comunicación entre los litigantes con sus hijos, por semanas alternas, y atribución temporal de la vivienda familiar a la madre. Cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios y los generados por los menores cuando convivan con ellos. Los préstamos vinculados a la vivienda se satisfarán por partes iguales.

**4.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la madre recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, y consideró procedente el acogimiento del recurso de casación, al razonar que no cabe, en el caso presente, minimizar ni restar importancia a la conflictividad existente entre las partes, que constituye un obstáculo para el buen funcionamiento de la custodia compartida, con afectación del interés superior de los menores.

## **SEGUNDO.- Examen del primero de los motivos por infracción procesal**

### *2.1 Formulación del motivo*

El primero de los motivos del recurso se interpone, al amparo del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 218.2 de la LEC, por insuficiencia de motivación, causando indefensión y contraviniendo de esta forma el art. 24.1 de la CE.

### *2.2 La motivación de las sentencias*

La motivación constituye un requisito imprescindible de toda sentencia, que ha de estar debida y suficientemente fundamentada, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico ( art. 218.2 LEC), de manera tal que exteriorice y, por consiguiente, permita conocer el proceso lógico racional que conduce a la decisión adoptada, como indiscutible manifestación del derecho fundamental que corresponde a los ciudadanos de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta fundada a una pretensión legítima planteada ( arts. 24.1 y 120.3 de la CE).

En la sentencia 364/2022, de 4 de mayo, nos referimos al requisito de la motivación en los términos siguientes:

"La motivación ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes (sentencias del Tribunal Constitucional - SSTC- 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96 y sentencias de esta Sala 889/2010, de 12 de enero de 2011; 465/2019, de 17 de septiembre y 706/2021, de 19 de octubre, entre otras). En consecuencia, se vulnera tan ineludible exigencia, cuando no hay motivación -carencia total- o cuando es completamente insuficiente, así como cuando está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico ( sentencia 180/2011, de 17 de marzo).

En definitiva, el canon constitucional de la motivación suficiente no se ve satisfecho mediante la simple exposición de una conclusión fáctica o jurídica, sino que requiere un razonamiento o inferencia ( SSTC 8/2014, de 27 de enero, FJ 4 y 150/2021, de 13 de septiembre, FJ 3).

En cualquier caso, el juicio sobre la suficiencia de la motivación es circunstancial. No puede ser apreciado apriorísticamente, sino que requiere examinar el proceso concreto para determinar, a la vista de las circunstancias concurrentes, si se ha cumplido o no con tan esencial requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, F. 3; 139/2000, de 29 de mayo, F. 4; 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo, así como SSTS 464/2019, de 17 de septiembre y 706/2021, de 19 de octubre).

Ahora bien, tan ineludible exigencia "no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución" ( sentencias 297/2012, de 30 abril; 523/2012, de 26 de julio; 13/2016, de 1 de febrero; 26/2017, de 18 de enero y 856/2021, de 10 de diciembre).

[...]



Como hemos dicho, también, en las sentencias de esta Sala 283/2008, de 5 abril; 577/2011, de 20 julio 277/2016, de 25 de abril y 430/2020, de 15 de julio, entre otras:

"[...] cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva [...] la motivación desacertada habrá de ser combatida a través de los oportunos motivos de casación puesto que la propia posibilidad de calificación sobre su desacierto pone de manifiesto que la motivación existió ...".

### 2.3 Desestimación del motivo

Basta la simple lectura de la sentencia dictada por el tribunal provincial para conocer las razones de la decisión tomada, que ésta satisfaga o no a la parte demandada, no es ya una cuestión de motivación, sino, en su caso, de recurso de casación, de reputarla contraria a una norma de derecho material.

En efecto, la resolución recurrida explica el proceso que conduce a la decisión tomada, con exteriorización de las razones por las que entiende, en contra del criterio sustentado por el juzgado, procedente la custodia compartida. Considerar erróneo el criterio adoptado conforma una cuestión de valoración jurídica y no de ausencia de motivación suficiente.

El motivo debe, en consecuencia, ser desestimado.

## **TERCERO.- Examen del segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal**

### 3.1 Formulación del motivo

En esta ocasión, se interpone, al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 de la CE, en tanto en cuanto la resolución recurrida incurre en un error notorio o patente al valorar la prueba de forma ilógica, en contra del principio *favor filii*, vulnerando también el art. 348 de la LEC, como consecuencia de modificar el sistema de custodia monoparental materna establecido en primera instancia con infracción de artículo 3 de la convención sobre el derecho de los niños.

### 3.2 Desestimación del motivo

En efecto, como hemos señalado, por ejemplo, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, cuya doctrina reproducen las sentencias ulteriores 59/2022, de 31 de enero y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras muchas:

"[...] de forma excepcional, se admite el control del material fáctico del proceso en los específicos supuestos de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la apreciación probatoria, o por la concreta infracción de una norma legal tasada de valoración de la prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, no se supere el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución ( sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo; 7/2020, de 8 de enero, 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 141/2021, de 15 de marzo y 456/2021, de 28 de junio, entre otras muchas)".

En consonancia con lo expuesto, también constituye doctrina jurisprudencial la que sostiene que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a los efectos del art. 469.1.4.º LEC, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error material o de hecho; es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con la circunstancia de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales ( sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras).

En este caso, la sentencia de la Audiencia considera que las discrepancias o desavenencias, que admite existentes entre los padres, no las reputa suficientes para no aplicar un régimen de custodia compartida, pues en el informe pericial también se recogen otros factores favorables a la misma, y el criterio del perito, que se inclina hacia la custodia materna, no es vinculante para los órganos jurisdiccionales, que son a quienes compete la valoración de la prueba. La conclusión fáctica del tribunal provincial no resulta arbitraria o irracional, única posibilidad excepcional de control por parte de este tribunal a través del motivo de infracción procesal formulado, sin perjuicio de que no se comparta tal decisión, o que la adoptada implique la infracción de un precepto legal derecho material o sustantivo, lo que constituye campo abonado para el recurso de casación. O dicho de otra manera, la desestimación de un recurso por infracción procesal no implica que el fallo de la sentencia dictada pueda vulnerar una disposición legal de carácter civil o mercantil susceptible de ser corregida mediante recurso casación.



## **CUARTO.- Examen de los motivos del recurso de casación**

### **4.1 Formulación de los motivos**

El primer motivo del recurso de casación se interpone al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción del art. 92 del Código Civil, con vulneración de los arts. 2, 3 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, art. 39.4 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1999 (resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) así como los artículos 92, 154 a 159 CC, que consagran el interés del menor, principio de información del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

El motivo segundo, al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción del artículo 92.5, 6, 7, 8 y 9 del Código Civil, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida ( SSTS de 17 junio de 2020, 25 de abril de 2018, 27 de septiembre de 2017, 17 de enero de 2017, 21 de septiembre de 2016, 26 de mayo de 2016, 17 de marzo de 2016 y 9 de marzo de 2012) por no darse los requisitos necesarios para la misma.

Se señala que constan en el procedimiento causas que desaconsejan el sistema de custodia compartida por lo que no procede establecerlo. Se vulnera el art. 92 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, pues el interés de los menores afectados no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución, que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por el Tribunal Supremo para la correcta aplicación del principio de protección del interés del menor a la hora de justificar el régimen de custodia compartida adoptado, y no debe acordarse dicho modelo cuando existe una alta conflictividad entre los progenitores tal y como constata el informe psicosocial.

Al versar ambos motivos sobre la procedencia de la fijación del régimen de custodia compartida, y la decisión a adoptar sobre este extremo debe fundarse en el interés y beneficio de los menores, ambos causales de casación serán examinados conjuntamente por ser susceptibles de una respuesta motivada conjunta.

### **4.2 Las relaciones conflictivas entre los progenitores en el régimen de la custodia compartida**

Hemos señalado que, para establecer un régimen 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 concurrentes ( sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras), sin que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia justifique per se, que se desautorice este específico régimen de comunicación. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio ( sentencias 433/2016, de 27 de junio y 175/2021, de 29 de marzo).

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".

En el mismo sentido, las sentencias 242/2018, de 24 de abril y 175/2021, de 29 de marzo.

### **2.3 Estimación de recurso**

Nos hemos manifestado en el sentido de que son criterios determinantes para enjuiciar la procedencia del régimen de custodia compartida, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores 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; 311/2020, de 16 de junio y 175/2021, de 29 de marzo; entre otras muchas).

Pues bien, en el caso presente, se practicó un informe psicológico por parte de un perito cualificado que, en lo que ahora nos interesa, señala:

Que si bien se cumplen la mayoría de los criterios exigibles técnicamente para aceptar una custodia compartida, la mala relación existente entre los padres, la falta de diálogo constructivo entre ellos que les impide llegar a acuerdos sobre cuestiones nimias como las actividades extraescolares de los hijos, y la implicación de los menores en el conflicto no aconsejan esta fórmula de parentalidad.

En las situaciones conflictivas, como la actual, hay una fuerte evidencia de que los altos niveles de conflicto post divorcio son perjudiciales para los hijos. Como criterios para poder aceptar una custodia compartida en estos casos, según las recomendaciones de Emery (2005) dadas con la finalidad de evitar daños a los niños es necesario que el conflicto esté contenido. Como mínimo se requiere una cooperación pasiva, consistente en no demonizar al otro progenitor delante de los hijos/as, no usarlos como mensajeros, ni como espías.

En el presente caso, sigue el informe del perito, nos encontramos con que el conflicto no está contenido. Así los niños lo han presenciado en diferentes ocasiones: en el colegio, o el último incidente telefónico en el que ambos estaban presentes y son plenamente conscientes de la mala relación existente entre los padres. Por otra parte, también, se ha demonizado a un progenitor delante de otro, en este caso, en la grabación está acreditado en el caso del padre que llama "maltratadora y ladrona" a la madre en presencia de los hijos y esta le dice que " Segundo que quieres que sepan tus hijos que llevas un año desatendiéndoles", también en presencia de éstos e inician una discusión entre ellos que contemplan los niños.

Todo lo cual conduce, al especialista informante, a la conclusión de que la fórmula que se recomienda es la custodia exclusiva; y dado que los dos progenitores la solicitan, así como que los hijos se encuentran bien adaptados a la custodia exclusiva materna, además el hijo muestra preferencia por continuar con esta fórmula, se recomienda la custodia materna como opción preferible, que mejor se ajusta a los intereses de los menores.

Las conflictivas relaciones entre los progenitores, constatadas en el dictamen obrante en autos perteneciente a la psicología, como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas, se han visto corroboradas por el devenir de los hechos, toda vez que la prueba documental aportada evidencia las discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico a que se encuentra sometida la recurrente por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia, que propició en su día la ruptura entre ellos, al trascender sobre los hijos. En definitiva, el conflicto no se encuentra retenido, sino sigue vivo y latente.

El cuadro descrito no constituye la situación adecuada para acordar un régimen de colaboración entre los litigantes, como es el propio de la guarda y custodia compartida, que exige una implicación recíproca sobre las cuestiones relacionadas con los hijos, en los que no debe focalizarse el conflicto existente entre los litigantes en beneficio de éstos, lo que, desde luego, desgraciadamente, no han podido o sabido evitar los mayores, a cuya madurez, en beneficio de sus hijos, debemos apelar.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación interpuesto, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, puesto que las circunstancias actualmente concurrentes son contrarias a la custodia compartida por el conjunto argumental antes expuesto y jurisprudencia citada.

#### **QUINTO.- Asunción de la instancia**

Al estimar el recurso procede asumir la instancia. En este sentido, entendemos que la guarda y custodia de los menores se debe atribuir a la madre, tal y como se indica en el informe psicológico practicado, sin perjuicio del derecho de visitas del padre fijado ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor, sin que de la batería de tests llevados a efecto quepa destacar alguna circunstancia en su personalidad que limite este régimen de comunicación.

Igualmente, dada la capacidad económica del padre como profesor de un colegio con unos ingresos de 2.245 euros netos al mes, más las pagas extraordinarias correspondientes, determinan que la pensión de alimentos fijada por el Juzgado se considere proporcional a sus posibilidades y necesidades de los hijos comunes, así como a los ingresos de la madre.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**



La estimación del recurso de casación conduce no se haga especial pronunciamiento sobre costas y proceda la devolución del depósito constituido para recurrir. Por el contrario, la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a la imposición de costas y pérdida del depósito constituido ( art. 398 LEC y disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9 de la LOPJ).

La desestimación del recurso de apelación conlleva la correspondiente condena en costas ( art. 398 LEC) y correlativa pérdida de depósito para apelar.

## FALLO

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

1.º- Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Aurora , contra la sentencia n.º 111/2021, de cuatro de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimocuarta, en el recurso de apelación n.º 874/2020, sin hacer especial condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

3.º- Casar y anular dicha sentencia, desestimar el recurso apelación formulado por ambas partes litigantes, contra la sentencia n.º 770/2018, de 19 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 , en el juicio **medidas** relativas a menores n.º 1296/2017, con imposición a las partes recurrentes de las costas de sus recursos y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.