



Roj: **STS 694/2022 - ECLI:ES:TS:2022:694**

Id Cendoj: **28079110012022100146**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2022**

Nº de Recurso: **4057/2021**

Nº de Resolución: **131/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 24ª, 9-12-2020 (rec. 610/2020),
STS 694/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 131/2022

Fecha de sentencia: 21/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4057/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 15/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 4057/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 131/2022

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



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 21 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2020, dictada en recurso de apelación 610/2020, de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de familia 475/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de DIRECCION000 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Abelardo , representado en la segunda instancia por la procuradora Dña. Alicia Martínez Villoslada, bajo la dirección letrada de Dña. Elisa Heredia Rodríguez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Joaquina , representado por el procurador D. Alberto Cardeña Fernández, bajo la dirección letrada de D. Pedro Víctor de Bernardo Riaza. Y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Joaquina , representado por el procurador D. Alberto Cardeña Fernández y dirigido por el letrado D. Pedro Víctor de Bernardo Riaza, interpuso demanda de juicio verbal sobre reclamación de guarda, **custodia** y alimentos contra D. Abelardo y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que estimando íntegramente la presente demanda, acuerde la adopción de las siguientes medidas paterno-filiales que regirán para el futuro:

"1. Los hijos menores David y Nieves , quedarán al cuidado de su madre Joaquina con la que convivirán, atribuyéndose a ésta, la guarda y **custodia** de los mismos.

"No obstante la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores.

"2. Fijar en concepto de pensión de alimentos, a favor de los hijos menores David y Nieves , la cantidad de 250 euros mensuales para cada uno de ellos, que deberá satisfacer D. Abelardo , dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

"No obstante, los gastos extraordinarios que se deriven de actividades extraescolares y los sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, serán satisfechos por mitades por ambos progenitores.

"Para que el padre pueda relacionarse con sus hijos menores, deberá fijarse el siguiente régimen de visitas y comunicaciones:

"Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta las 20 horas del domingo, realizándose la recogida en el mismo centro escolar, y la entrega de los menores en el domicilio donde conviven con su madre sito en la AVENIDA000 núm. NUM000 , piso NUM001 , de la localidad de DIRECCION000 (28220 Madrid).

"En cuanto a las vacaciones escolares, se dividirán en dos periodos iguales, tanto las vacaciones de Navidad, como de Semana Santa y Verano, fijándose los periodos de acuerdo con las vacaciones laborales de cada uno de los progenitores, y en caso de desacuerdo corresponderá al padre decidir en los años pares y a la madre en los años impares.

"Por ser de justicia...".

2.- Admitida a trámite la demanda se persona el Ministerio Fiscal y contesta a la misma interesando la continuación del juicio por sus trámites y:

"Se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos".

3.- El demandado D. Abelardo , representado por el procurador D. José Antonio Sánchez-Cid García Tenorio y bajo la dirección letrada de Dña. Elisa Heredia Rodríguez, se personó en las actuaciones, contestó a la demanda e interpuso demanda convencional.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y suplicando al juzgado:

"Se digne dictar sentencia por la que desestimando la demanda y con imposición de las costas causadas a la parte actora, acuerde las medidas definitivas en relación a los hijos comunes consistentes en:



"A) Que los hijos de mi representado y la demandada han de quedar sujetos en el ejercicio de la patria potestad de ambos y fijar la guarda y **custodia compartida**.

"B) se acuerde la adopción en beneficio de los menores David y Nieves las medidas expresadas en el hecho quinto de esta contestación".

E interpuso demanda reconvenzional en la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que:

"C) Que los hijos de mi representado y la demandada han de quedar sujetos en el ejercicio de la patria potestad de ambos y fijar la guarda y **custodia compartida**.

"D) Se acuerde la adopción en beneficio de los menores David y Nieves las medidas expresadas en el punto séptimo de esta demanda".

4.- Con fecha 21 de diciembre de 2018, por auto, se acordó la acumulación del juicio ordinario 573/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 .

5.- El procurador D. Alberto Cardeña Fernández, contestó a la demanda reconvenzional, solicitando su íntegra desestimación y la estimación íntegra de la demanda inicial instada por su representada Dña. Joaquina .

6.- Se unió a las actuaciones el juicio ordinario 573/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 , en el cuál únicamente consta demanda instada por D. Abelardo , representado por el mismo procurador y bajo la misma dirección letrada que en las presentes actuaciones, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos se suplicó al juzgado dictara sentencia en la:

"A) Que los hijos de mi representado y la demandada han de quedar sujetos en el ejercicio de la patria potestad de ambos y fijar la guarda y **custodia compartida**.

"B) Se acuerde la adopción en beneficio de los menores David y Nieves las medidas expresadas en el punto séptimo de esta demanda.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 8 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Joaquina , representada por el procurador Sr. Bartolomé frente a Abelardo , representado por el procurador de los tribunales Sr. Sánchez Cid, se adoptan las siguientes medidas sobre los hijos menores David y Nieves :

"1- La guarda y **custodia** de los hijos comunes, será **compartida** por ambos progenitores, así como la patria potestad.

"2- Se establece la siguiente distribución del tiempo para el ejercicio de la patria potestad **compartida**:

"Cada progenitor tendrá en su compañía a los menores por semanas alternas, realizándose los lunes los cambios de **custodia** a la salida del colegio o, en su defecto, a las 17 horas.

"Los días señalados tales como Reyes y cumpleaños del hijo común, el progenitor al que en esos días no le corresponda estar con él tendrá derecho a permanecer en su compañía por el tiempo que se acuerde. A falta de acuerdo, será entre las 17 y las 20:30 horas.

"El día de la madre o del cumpleaños de ésta permanecerá el menor todo el día con ella -entre las 10 y las 20:30 horas-, si el día fuera festivo a efectos escolares y desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas si no lo fuera. Idéntico régimen (con las referencias a favor del padre) se establece para el día del padre y su cumpleaños. Todo ello sin perjuicio del posible acuerdo entre los progenitores para dichos días.

"No obstante, el régimen vacacional tendrá preferencia sobre el previsto en todos los párrafos anteriores.

"Así mismo, el padre disfrutará de la compañía de sus hijos en las primeras quincenas de julio y agosto así como desde el 1 de septiembre hasta el último día de vacaciones en los años pares y en las segundas quincenas de julio y agosto y desde el primer día de las vacaciones escolares hasta el 30 de junio inclusive en los años impares.



"En cuanto a las Navidades, el padre disfrutará de la compañía de los menores desde el día inicial de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre los años pares y desde el día 31 hasta el día final de las vacaciones los años impares.

"Durante las vacaciones de Semana Santa el padre disfrutará de la compañía de los menores en la primera semana (Semana Santa) en los años pares y en la segunda semana (Semana de Pascua) en los impares.

"Los periodos vacacionales que no correspondan al padre corresponderán a la madre.

"Cada uno de los periodos vacacionales comenzará a las 10:00 horas del día inicial y terminará a las 20:30 horas del día final.

"Las entregas y recogidas de los menores se realizarán en el domicilio en el que se encuentren excepto en los casos señalados más arriba en los que el progenitor deba recogerle del colegio.

"Las entregas y recogidas podrán realizarse por medio de un tercero que sea familiar del menor -o no familiar pero aceptado por el otro progenitor- y cuya identidad sea comunicada a la otra parte.

"Para decidir la práctica de actividades extraescolares por parte de los hijos que puedan suponer un obstáculo a esta distribución del tiempo será necesario el consentimiento previo de ambos progenitores o autorización judicial.

"Ello no obstante y sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, los progenitores podrán, de común acuerdo, convenir variaciones conforme a lo que, en cada momento y de acuerdo con su hijo, cuando tenga 12 años o más, consideren más apropiado para él.

"Cada progenitor podrá comunicar con los menores cuando se encuentren con el otro, pudiendo hacerlo por cualquier medio (teléfono, correo...) siempre que no emplee su derecho de forma abusiva respetando sus periodos de descanso y estudio. Salvo acuerdo en contrario, las llamadas telefónicas se realizarán entre las 20:30 y las 21 horas, no siendo necesario llamar todos los días ni agotar el tiempo señalado. El progenitor que esté con los menores respetará la intimidad de la conversación con el otro progenitor.

"En el supuesto de que alguno de los menores estuviera enfermo, ambos progenitores se informarán de cualquier incidencia relativa a su salud, proporcionándose copia de todo informe o receta médica, con el fin de facilitar al progenitor que esté con aquel la labor de cuidado del mismo.

"Los progenitores deberán poner en conocimiento del otro cualquier cambio de domicilio y número de teléfono de contacto.

"3- Se acuerda la prohibición de salida de territorio nacional de los menores sin el consentimiento de ambos progenitores o autorización judicial. Oficiase a la Policía Nacional en ese sentido.

"4- El padre contribuirá, en concepto de pensión alimenticia para sus hijos en la suma de 180 euros mensuales (90 euros por hijo), que se abonarán durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que designe la madre. La referida suma se actualizará el mes de enero de cada año, mediante aplicación del porcentaje del incremento del índice de precios al consumo del año anterior, elaborado para el total nacional por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que se sustituya en el futuro.

"Ambos progenitores sufragarán los gastos propios de los menores cuando se encuentren en su compañía.

"El padre abonará el 55% y la madre el 45% de:

"A- Los gastos escolares de los hijos entendiéndose por éstos todos los conceptos que forman parte del recibo escolar (incluidas excursiones o salidas culturales siempre que sean de un día o menos), con excepción de las actividades extraescolares (que seguirán el régimen y el porcentaje de los gastos extraordinarios). Se incluirán así mismo los gastos de libros, material escolar y uniformes, aunque sus conceptos no aparecieran en el recibo escolar.

"Oficiase el centro escolar para que remita una copia del recibo escolar a cada uno de los progenitores por separado.

"B- El resto de los gastos comunes de los menores, salvo los gastos extraordinarios, que se abonarán al 50%.

"5- Los gastos extraordinarios de los hijos comunes serán satisfechos por iguales partes.

"Se entenderán como gastos extraordinarios, las clases particulares que sean necesarias, las actividades extraescolares (aunque sean proporcionadas como tales por el propio centro educativo), los gastos médicos o sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o cualquier clase de seguro y todos aquellos de carácter formativo o médico análogos anteriores.



"Deberán acreditarse suficientemente y ser decididos conjuntamente por ambos progenitores o autorizados judicialmente en caso de discrepancia, en ambos casos con carácter previo. A los efectos de acreditación de la consulta y consentimiento de los gastos bastará, sin perjuicio de otros medios admitidos en derecho, el mensaje de correo electrónico.

"Los gastos extraordinarios, una vez acordados o autorizados (como ya lo están los de baloncesto, fútbol e inglés) se pagarán en los 5 primeros días del mes siguiente a aquel en el que sea comunicado su importe en la misma cuenta que la pensión de alimentos como concepto separado.

"En caso de gastos urgentes de carácter necesario, bastará que se informe con posterioridad al otro progenitor si no fuera posible hacerlo previamente.

"La obligación de prestar alimentos se extinguirá, en relación a cada hijo, cuando éste sea mayor de edad e independiente económicamente, sin perjuicio de las causas de extinción de los artículos 150 y 152 del CC.

"No se hace especial pronunciamiento sobre las costas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 9 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Joaquina, representada por el procurador don Alberto Cardeña Fernández; contra la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2019; del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de DIRECCION000; dictada en el proceso sobre guarda, **custodia** o alimentos núm. 475/2018; seguido con don Abelardo, representado por el procurador don José Antonio Sánchez-Cid García-Tenorio; debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente atribuir la guarda de **custodia** de los hijos llamados David y Nieves a favor de la madre doña Joaquina en exclusiva con las demás medidas complementarias pedidas por esta parte en el suplico de su demanda; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes.

"Siendo estimatorio el recurso, procédase a la devolución del depósito a la consignante, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita".

TERCERO.- 1.- Por D. Abelardo se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Vulneración del principio de favor *fili* y del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero.

Se consideran infringidos por aplicación incorrecta del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo de la Constitución Española al oponerse a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida** de ambos progenitores y que recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009, 10 y 11 de marzo de 2010, 1 de octubre de 2010, 7 de julio de 2011, 9 de marzo de 2012, 29 de abril de 2013, 25 de noviembre de 2013, más recientemente y de especial aplicación al caso que nos ocupa, entre otras la sentencia 194/2016, de 29 de marzo, y la STS 3755/2017, de 25 de octubre, presentando la misma interés casacional, que se fundamenta en la propia infracción de Ley.

Motivo segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la **custodia compartida**. El presente motivo se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación al sistema de guarda y **custodia compartida**, concretamente, entra en contradicción con su sentencia 257/2013, de 29 de abril, en la cual señala que el citado régimen es "lo normal y deseable", salvo que el interés del menor no lo aconseje.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de octubre de 2021, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Alberto Cardeña Fernández, en nombre y representación de Dña. Joaquina, presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el Ministerio Fiscal apoyó el recurso de casación con las alegaciones que estimó oportunas y en su último párrafo finaliza:

"A la vista de lo expuesto, la fiscal interesa la estimación del recurso interpuesto, procediendo a una guarda y **custodia compartida** conforme a lo resuelto en la sentencia de instancia".



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 15 de febrero de 2022, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Acción ejercitada y sentencia de primera instancia.

El presente recurso de casación trae causa de la demanda presentada en octubre de 2018, sobre guarda y **custodia** y alimentos de hijos no matrimoniales, interpuesto por la progenitora en el que, entre otras medidas, se solicitaba la atribución para sí, de la guarda y **custodia** de los hijos menores, nacidos en 2009 y 2015, y las medidas inherentes a ello que indicó.

Por el padre en el escrito de contestación a la demanda se solicitó el establecimiento de un régimen de guarda y **custodia compartida** respecto de los menores, y demás medidas que indicó inherentes a ello.

Por auto de medidas provisionales de fecha 31 de julio de 2019, se acordó la **custodia compartida** por semanas alternas.

La sentencia de primera instancia dictada 8 de noviembre de 2019, confirma la **custodia compartida**, en interés de los menores; y así destaca que ambos progenitores viven en DIRECCION000, existe entre los progenitores "el respeto suficiente", ambos tienen relaciones cordiales con los menores, el horario laboral de ambos lo permite, y ambos cuidan a los hijos. Consta que ambos trabajan, que la madre abandonó el domicilio familiar, que lo era de alquiler, y reside en otro de alquiler por el que paga 494,00 euros mes, y que el hijo David padece una minusvalía del 34%, percibiendo ayudas por discapacidad. Otras medidas que se acuerdan son: régimen de visitas y vacaciones, la prohibición de la salida del territorio nacional de los menores, sin consentimiento de ambos progenitores o en su caso autorización judicial, contribución del padre en concepto de pensión de alimentos a sus hijos, de 90,00 euros por hijo al mes, más la contribución a los gastos de los menores, al 55% el padre y al 45% la madre, salvo los extraordinarios que lo serán al 50%, excluyendo de tales los escolares -que serán al 55% el padre y 45% la madre-. No se hizo exploración, por la edad de los menores ni informe psicosocial.

2.- Recurso de apelación y sentencia de segunda instancia.

Recurrió la sentencia la madre y reclamó la **custodia** materna y medidas que indicó; el fiscal se adhirió al recurso. Se opuso al recurso el padre.

La Audiencia Provincial, por sentencia de fecha 9 de diciembre de 2020, revoca la **custodia compartida** y expresamente declara que no concurren los requisitos del art. 92 CC, y así refiere:

1. Que las partes no han concurrido al proceso con convenio regulador en tal sentido.
2. Que "a dicha fórmula de **custodia** no se ha llegado andando el procedimiento" (art. 92.5 CC).
3. El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de la apelante y pide una **custodia** materna.
4. No existe en autos dictamen de especialistas.
5. El órgano a quo de espaldas a la realidad, lo acuerda sin pedirlo conjuntamente los progenitores.
6. No se indica que esa sea la única forma de proteger adecuadamente el interés de los menores, art. 92.8 CC. Añade que la doctrina del Tribunal Supremo no es conceder la **custodia compartida** en todo caso, y que en el caso: "parece más un experimento frente a la realidad actual de que la **custodia** la ejerce la madre y los menores están adaptados", acuerda por tanto se atribuya "la **custodia** a la madre y las medidas complementarias pedidas" -en referencia a las pedidas por la madre en el suplico de su demanda, añade el fallo-.

3.- Recurso de casación.

Interpone el padre el recurso de casación, por interés casacional, arts. 477.2 3.º LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y por dos motivos.

En el primer motivo, alega infracción del art. 92 CC, del art. 3 Convención de Derechos del Niño, art. 2 LOPJM, y art. 39.2 CE y del principio del interés superior del menor. Oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTS núm. 52/2015, de 16 de febrero, y 409/2015, de 17 de julio, y las que estas citan.

En el segundo, cita como infringidos los arts. 92 CC, art. 9 LOPJM, 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.



En definitiva, sostiene el recurrente que se obvia por la Audiencia Provincial que desde el auto de medidas provisionales de fecha 31 de julio de 2019 se está llevando a cabo una **custodia compartida**, que ha resultado muy beneficiosa para los menores, rebatiendo que lo sea un experimento, lo que supone es una confusión de la Audiencia Provincial y del Ministerio Fiscal, indica que en el acto de la vista ambas partes manifiestan que se está ejerciendo la **compartida** desde julio de 2019, situación a la que indica, están acostumbrados los menores, destaca además que la situación de discapacidad del hijo no afecta a su desarrollo físico ni psíquico, por lo que tampoco es relevante a estos efectos. Considera que sí sería un experimento para los menores, cambiar a la **custodia** materna.

Interesa se revoque la recurrida en casación, y se ratifique íntegramente las medidas acordadas en la resolución apelada, esto es, la **custodia compartida** con las medidas inherentes ya referidas ut supra.

Por el Ministerio Fiscal ante la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo, se informó respecto a la casación:

"Cuarto. Por consiguiente, consideramos que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, al fundarse esencialmente en que la **custodia** materna ha funcionado correctamente con anterioridad, no es suficiente, conforme a la doctrina jurisprudencial, para revocar la **custodia compartida** como sistema de guarda más idóneo en este caso, al no tener en cuenta otros factores como la inexistencia de circunstancias que se opongan a ella (SSTs 637/2019, de 25 de noviembre, y 15/2020, de 16 de enero) y el beneficio para los menores de la presencia de ambos progenitores en la vida diaria -en palabras de la STS 133/2016, se fomenta la integración de los menores con ambos padres evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia-, circunstancias que son imprescindibles para determinar el régimen de **custodia** aplicable, para asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral de estos".

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

1.º- Vulneración del principio de favor *fili* y del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero, al haberse infringido por aplicación indebida del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo de la Constitución Española.

2.º- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la **custodia compartida**. El presente motivo se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación al sistema de guarda y **custodia compartida**, concretamente, entra en contradicción con su sentencia 257/2013, de 29 de abril, en la cual señala que el citado régimen es "lo normal y deseable", salvo que el interés del menor no lo aconseje.

Se estiman los motivos que se analizan conjuntamente.

Se alega por el recurrente que procede establecer el sistema de **custodia compartida**, al ser el que jurisprudencialmente se establece como prioritario, salvo causa justificada en contra. Añadió que en la sentencia recurrida se yerra cuando se considera que desde el inicio del conflicto la **custodia** la tuvo la madre.

Sobre el sistema de **custodia compartida** esta Sala ha declarado:

"La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y **custodia compartida**, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).



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

A la vista de esta doctrina debemos entender que se yerra en la sentencia recurrida -cuando se niega sobre la base de un razonamiento equivocado, cual es que los menores se encontraban bajo la **custodia** de la madre y que no convenía alterar esa situación estable, lo que constituía la *ratio decidendi* (razón de decidir) de la sentencia de apelación- al negar el sistema de **custodia compartida**, concurriendo un manifiesto interés casacional en el recurso interpuesto, en cuanto la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial.

De lo actuado se deduce que:

- 1.- Los menores nacieron el NUM002 -2009 y NUM003 -2015.
- 2.- Por auto de 31 de julio de 2019 se acordó el reparto igualitario por semanas alternas.
- 3.- La sentencia de primera instancia acordó el sistema de **custodia compartida**.
- 4.- Desde el auto de 31 de julio de 2019, al menos, hasta la sentencia de apelación de 9 de diciembre de 2020, los menores han gozado de un sistema de **custodia compartida**, sin que conste conflicto alguno.
- 5.- La madre reside en una vivienda arrendada y el padre es titular en propiedad de una vivienda, ambas próximas entre sí y con el colegio. Ambos progenitores tienen trabajo.
- 6.- El menor con discapacidad, que se graduó en un 34%, mantiene un alto rendimiento físico e intelectual.

De estos datos se infiere que no concurre causa alguna para eludir la **custodia compartida**, al haberse desarrollado con normalidad durante año y medio, sin que conste divergencia en su desarrollo.

Por otro lado, no consta causa alguna que acredite la falta de capacidad de alguno de los progenitores (sentencia 458/2019, de 18 de julio) razones por las cuales, de acuerdo con los art. 92 del C. Civil y art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, procede casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se confirma íntegramente la sentencia de 8 de noviembre de 2019 (procedimiento 475/2018) del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de DIRECCION000 .

TERCERO.- Costas y depósito.

Estimado el recurso de casación no procede imposición de costas (art. 398 LEC de 2000).

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Abelardo , contra sentencia de fecha 9 de diciembre de 2020 de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 610/2020).
- 2.º- Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se confirma íntegramente la sentencia de 8 de noviembre de 2019 (procedimiento de familia 475/2018) del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 .
- 3.º- No procede imposición en costas del recurso de casación y devuélvase al recurrente el depósito constituido para la casación.

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

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

Así se acuerda y firma.