



Roj: **STS 1156/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1156**

Id Cendoj: **28079110012018100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2018**

Nº de Recurso: **2878/2017**

Nº de Resolución: **182/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 182/2018

Fecha de sentencia: 04/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2878/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia sección 10.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 2878/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 182/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 4 de abril de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Maximiliano , representado por la procuradora doña Ana Isabel Serna Nieva, bajo la dirección Letrada de don José Gabriel Ortolá Dinnbier, contra la sentencia dictada con fecha 3 de mayo de 2017 por la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en los autos de juicio n.º 1186/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia, sobre guarda y **custodia** de hijos no matrimoniales. Ha sido parte recurrida doña Josefa , representada por el procurador don Emilio García Guillen, bajo la dirección letrada de don Julio Martínez García. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña M.ª del Mar García Martínez, en nombre y representación de don Maximiliano , interpuso demanda contenciosa de relaciones paterno filiales, contra doña Josefa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Decretar que la patria potestad del menor de edad Jesús Ángel , la ejercerán conjuntamente ambos progenitores, en beneficio de éste.

»Atribuir conjuntamente la guarda y **custodia** del menor Jesús Ángel a ambos progenitores, y que se desarrollará de la siguiente manera:

»Con carácter principal: El menor Jesús Ángel , estará con cada uno de los progenitores a semanas alternas, iniciándose la semana desde la salida del colegio/guardería del lunes a entrada en el colegio/guardería del siguiente lunes, con un día de pernocta el otro progenitor que será el miércoles desde la salida del colegio/guardería hasta la entrada del colegio del jueves siguiente.

»En caso de que lunes sea festivo escolar nacional o local, se prolongará la permanencia con el progenitor que tenga la menor hasta la entrada del colegio/guardería del martes, iniciándose la semana para el otro progenitor a la salida del colegio o guardería del martes.

»Subsidiariamente, se solicita que la guarda y **custodia** del menor se establezca en exclusiva a favor de mi mandante D. Maximiliano , con un régimen de visitas ordinario a favor del la demandada de fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio horas hasta su reintegro en el centro escolar y/guardería el lunes al inicio de las clases, y en caso de puente unido al fin de semana, se reintegre al centro escolar al día siguiente lectivo tras el puente al inicio de las clases.

»Y con dos visitas intersemanales con pernocta, desde el miércoles a la salida del colegio/guardería hasta su reintegro en el centro escolar el viernes al inicio de las clases.

»III. - En cuanto a las Vacaciones escolares de Navidad, Fallas y Semana Santa: Se dividirán en dos mitades, eligiendo de común acuerdo ambos progenitores que periodo corresponde a cada uno. A falta de acuerdo, a la madre Sra. Josefa le corresponderá la primera mitad los años pares y la segunda los impares y, al padre, Sr. Maximiliano a la inversa, y para el cómputo de estos periodos se tendrán en cuenta los que, así lo sean en el lugar del domicilio del menor según el calendario escolar. El periodo vacacional de verano: Se compondrá de seis grupos alternos, siendo Primer grupo: desde el día de finalización del curso escolar hasta las 21 horas del día 30 de junio. Segundo grupo: desde las 21 h. del día 30 de junio hasta las 21 h. del día 15 de julio. Tercer grupo: desde las 21 h. del día 15 de julio hasta las 21 h. del día 31 de julio. Cuarto grupo: desde las 21 h. del día 31 de julio hasta las 21 h. del día 15 de agosto. Quinto grupo: desde las 21 h. del día 15 de agosto hasta las 21 h. del día 31 de agosto. Sexto grupo: desde las 21 h del día 31 de agosto hasta el inicio del curso escolar. Los años impares el padre disfrutará del grupo primero, tercero y quinto, y la madre del grupo segundo, cuarto y sexto; y los años pares a la inversa, salvo que de mutuo consenso adopten otro reparto. El lugar de recogida y entrega del menor durante el régimen de convivencia **compartida**, cuando no deba efectuarse en el centro escolar, será realizado por el custodio saliente en el domicilio del otro progenitor que va a iniciar la convivencia y viceversa.

»Cada uno de los progenitores prestarán directamente a su hijo y de su propio peculio los gastos relativos a alimentación y vestido en los respectivos periodos de alternancia convivencial con los mismos. De otra parte, en cuanto al resto de gastos ordinarios, gastos de salud y educación no cubiertos por los sistemas públicos y privados de educación y salud y demás extraordinarios que de forma excepcional que pudieran surgir, resulta procedente que sean abonados al 50% por cada uno de sus progenitores. En caso de discrepancia respecto a alguno de los gastos o sobre la idoneidad o no del mismo para el menor, la cuestión se deberá resolverse judicialmente.

»Subsidiariamente, en caso de concederse la guarda y **custodia** a mi mandante, solicitamos que se establezca una pensión alimenticia de 250 euros al mes a satisfacer por la demandada dentro de los cinco primeros días



de cada mes, en la cuentas designada tal efecto por mi mandante, cantidad que se actualizará anualmente, conforme a variaciones que experimente el IPC que publique el INF u organismo que lo sustituya así como todos los demás gastos extraordinarios necesarios que se produzcan en la vida del menor serán abonados al 50%.

»V.- El progenitor no custodio en cada momento podrá comunicar con su hijo por cualquier método telemático (teléfono, correo electrónico, videoconferencia etc) o por correo cuando estime conveniente en las horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida del menor; en caso de enfermedad el progenitor a cuyo cuidado estuviera el hijo deberá comunicarlo urgentemente al otro progenitor y facilitar que éste pueda visitarlo en el centro médico/hospitalario donde pudiera estar ingresado; en los cumpleaños del menor, la permanencia del niño con el padre o la madre vendrá determinado por el acuerdo entre ambos y en su defecto pasará su cumpleaños con el padre los años impares y con la madre los pares y sin que ello afecte al régimen de convivencia **compartida**.

»VI.- Cada progenitor deberá responsabilizarse en sus respectivos tiempo de **custodia** de proporcionar el derecho del menor a las relaciones con sus respectivas familias, quedando habilitados para auxiliar a los respectivos progenitores en cuantas gestiones precisen para conciliar la vida laboral y familiar.

»VII.- Condenar en costas a la parte demandada, si con temeridad o mala fé se opusiere a lo que se pide».

2.º- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

3.º- El procurador don Carlos Eduardo Solsona Espriu, en nombre y representación de don doña Josefa , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se estime la presente contestación a la demanda con expresa condena en costas del demandado»

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia, dictó sentencia con fecha once de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO.

«Que estimando parcialmente la demanda planteada por D. Maximiliano , representado por la Procuradora de los Tribunales, Doña PATRICIA. VARGAS SALAS, frente a Doña Josefa , representado por el Procurador de los Tribunales, D. CARLOS EDUARDO SOLSONA, y en el que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, sobre guarda, **custodia**, vivienda y alimentos de hijos no matrimoniales debo acordar y acuerdo las siguientes medidas definitivas.

»Se decreta que la patria potestad del menor de edad, Jesús Ángel , la ejercerán conjuntamente ambos progenitores, den beneficio de éste.

»La guarda y **custodia** del menor se atribuye a la madre, si bien deben establecerse dos fases, hasta septiembre de 2016 y desde septiembre de 2016.

»Hasta septiembre de 2016, consistirá en una visita intersemanal con pernocta los miércoles, a la salida de la guardería.

»Fines de semanas alternos, de sábado a domingo las dos primeras visitas y la tercera de viernes a domingo, a la salida de la guardería.

»A partir de septiembre de 2016, régimen de **custodia compartida**, de lunes a lunes, recogiendo al menor en la guardería; con una visita intersemanal los miércoles.

»Las vacaciones escolares por mitad y verano por quincenas. Vacaciones por mitad y las de verano, por semana.

»Respecto a la contribución a la gastos ordinarios del menor que deben realizar los progenitores y entendiendo por gasto ordinario los relativos a los alimentos, vestido, educación, habitación del menor y asistencia médica: (art 7 de la ley en relación con el art 3 de la citada ley 5/2011), debe fijarse la cuantía de tal contribución en atención a los recursos económicos de que dispongan ambas partes y a las necesidades del menor, estimándose como ponderada, atendida la valoración conjunta de la totalidad de la prueba practicada en este procedimiento principal, a tales fines la cantidad de 200 euros mensuales, suma esta con la que el padre deberá contribuir a los citados gastos por cuanto y por lo que se refiere a la madre a la que se atribuye la convivencia individual, su contribución se realiza "in natura". Pero sólo hasta el mes de septiembre de 2016, en que cada



progenitor prestará directamente a su hijo y de su propio peculio los gastos relativos a alimentación y vestido en los respectivos periodos de alternancia convivencial con los mismos.

»Respecto al resto de gastos ordinarios, gastos de salud y educación no cubiertos por los sistemas públicos y/o privados de educación y salud y demás extraordinarios que de forma excepcional pudieran surgir, formulaba su abono al 50% por cada uno de sus progenitores. En caso de discrepancia debía resolverse judicialmente.

»Cada progenitor, en todo momento podrá comunicar con su hijo por cualquier método telemático o por correo, cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo del menor; en caso de enfermedad el progenitor a cuyo cuidado estuviera el hijo deberá comunicarlo urgentemente al otro progenitor y facilitar que éste pueda visitarlo en el centro médico/hospitalario donde pudiera estar ingresado; en los cumpleaños del menor; la permanencia del niño con el padre o la madre vendrá determinado por acuerdo entre ambos y en su defecto pasará su cumpleaños con el padre los años impares y con la madre los años pares y sin que ello afecte al régimen de convivencia **compartida**.

»Cada progenitor deberá responsabilizarse en sus respectivos tiempos de **custodia** de proporcionar el derecho del menor a relacionarse con sus respectivas familias, quedando habilitados para auxiliar a los respectivos progenitores en cuantas gestiones precisen para conciliar la vida laboral y familiar. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas de este procedimiento».

Con fecha 8 de julio de 2016, se dicto auto de aclaración cuya parte dispositiva Dice:

«Se aclara y complementa el fallo de la sentencia dictada por este juzgado en fecha 11.04.2016 en el sentido siguiente: La guarda y **custodia** del menor se atribuye a la madre, si bien deben establecerse dos fases, hasta septiembre de 2016 y desde septiembre de 2016.

»Hasta septiembre de 2016, consistirá en una visita intersemanal con pernocta los miércoles, a la salida de la guardería. Fines de semana alternos, de sábado a domingo las dos primeras visitas y la tercera de viernes a domingo, a la salida de la guardería.

»El menor será recogido los miércoles a la salida de la guardería o centro escolar y en el caso de no asistir, a las 17,00 horas en el domicilio de la progenitora. Entregando al menor el jueves a la hora de entrada en la guardería o centro; escolar y en el caso de no asistir, a las 09,00 horas en el domicilio de la progenitora.

»Los fines de semana alternos, de sábado a domingo las dos primeras visitas y la tercera de viernes a domingo, será recogido en menor, las dos primeras visitas, es decir, de sábado a domingo, con recogida al menor en el domicilio de la progenitora a las 10,00 horas y entrega a las 19,00 horas del domingo, también en el domicilio de la progenitora.

»A partir de la tercera visita, de viernes a domingo, será recogido el menor a la salida, de la guardería o centro escolar; en el caso de no haber asistido, será recogido el menor a las 17,00 horas en el domicilio de la progenitora y la entrega se llevará a cabo a las 19,00 horas del domingo, también en el domicilio de la progenitora.

»A partir de septiembre de 2016 (día primero del mes), se ha establecido un régimen de **custodia compartida**, de lunes a lunes, recogiendo al menor en la guardería; con uña visita intersemanal los miércoles.

»Si el menor acuerde a la guardería o centro escolar, será recogido por el progenitor a la salida de la guardería del lunes y entregado el siguiente lunes .en la misma guardería o centro encolar. En el supuesto caso de no asistir el menor a la guardería o centro escolar, el progenitor recogerá al mismo a las 17,00 horas del lunes, en el domicilio de la progenitora y la entrega se llevará a cabo a las 09,00 horas del siguiente lunes, también en el domicilio de la progenitora.

»La visita intersemanal de los miércoles, tanto a favor del padre como de la madre será con pernocta, recogiénolo el progenitor a quien tal derecho corresponda, ya en la guardería o centro escolar, a su salida, con entrega el día siguiente en dicho centro; en el caso de no asistir el menor a guardería o centro escolar, será recogido el menor en el domicilio del progenitor a quien le corresponda la semana de convivencia a las 17,00 horas y entrega a la mañana siguiente a las 09,00 horas en el mismo domicilio. No obstante, en evitaciones de inconveniencias o imposibilidades de los respectivos progenitores para cumplir con tales horarios, se deja a la consensuación de los mismos su fijación.

»Respecto de los periodos vacacionales, la sentencia establece que las vacaciones escolares serán por mitad y verano por quincenas. Vacaciones por mitad y las de verano por semanas. Hay una clara contradicción. Aclarándose que todas las vacaciones escolares será por mitad pero en el caso de las de verano, la mitad de las mismas será repartidas por semanas a cada progenitor la elección de las vacaciones los años pares corresponderá a la madre y los impares al padre.



»Dichas vacaciones escolares comenzarán el presente verano, dado que la corta edad del menor no entorpece en absoluto tal posibilidad. El lugar de recogida y entrega del menor será el domicilio de la progenitora **custodia**. Y ello, sin perjuicio de otros posibles acuerdos de los progenitores, en beneficio del menor».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Josefa . La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Primero.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Valencia el 11 de abril de 2016 .

»Segundo.- Revocar la citada sentencia para declarar que la guarda y **custodia** del hijo corresponde a la demandada, y que el actor podrá estar con su hijo los fines de semana alternos desde la salida de la guardería o del centro escolar hasta las 20 del domingo así como un día entre semana con pernocta las semanas en las que la demandada trabaje en horario nocturno, desde la salida de la guardería a la entrada al día siguiente, y dos tardes entre semana cuando la demandada no tenga horario nocturno, desde la salida de la guardería o centro escolar hasta las 20 horas. En vacaciones de verano, hasta que la menor cumpla cinco años, los periodos de estancia serán quincenales, El resto de las vacaciones serán por mitad. La elección de los periodos de estancia corresponderán al padre en los años pares y a la madre en los impares. Asimismo se declara que el demandante debe pagar la suma de 350 euros al mes como alimentos para su hijo, suma que se actualizará de acuerdo con las variaciones del Índice de Precios al Consumo.

»Tercero.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

» En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución».

Con fecha 30 de mayo de 2016 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva Dice:

«Aclarar, rectificar y completar la sentencia dictada el día 3 de mayo de 2017 en el sentido que resulta del fundamento jurídico de ese auto».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Maximiliano con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Artículo 92 CC , en relación con el art. 3. 1. de la Convención de las Naciones Unidas y 2 LOPJM, al revocarse la **custodia compartida** por una **custodia** materna, aplicando de forma incorrecta el principio de protección del menor. Segundo.- Alega la misma vulneración que en el primero, art. 92 CC .3.1. Convención y 2 LOPJM, con oposición a la doctrina de la sala, que consagra el interés superior del menor para la adopción de la **custodia compartida**, en concreto sobre la consideración de atribuir a la "tensión" entre los progenitores, la categoría de causa obstativa de dicho régimen. Cita como infringida la doctrina contenida en los SSTS 1099/2016 de 3 de mayo , 51/2016 ., 51/2016 de 11 de febrero , 465/2015 de 9 de septiembre , 369/2016 . de 3 de junio, 296/2017, de 12 de mayo y 96/2015 de 16 de febrero.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 22 de noviembre de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Emilio García Guillén, en nombre y representación de doña Josefa , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de marzo de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Maximiliano interpone recurso de casación contra la sentencia que le niega la guarda y **custodia compartida** de su hijo, Jesús Ángel , nacido el día NUM000 de 2013, y deja al niño bajo la **custodia** exclusiva de su madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre. La sentencia de la Audiencia revoca en este aspecto la sentencia del juzgado, y lo hace con el siguiente argumento:

«Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Española , la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996, así como el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el artículo 92 del Código Civil , no puede desconocerse el informe



pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia..., que recomendó la guarda materna, pues el menor se encuentra adaptado al entorno materno, además de que, como resaltó la redactora del dictamen en la vista, existe tensión entre los progenitores, lo que podría poner en peligro la **custodia compartida**, tal como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2.016, pues los progenitores no mantienen "las conversaciones respetuosas y fluidas en beneficio del menor" a las que se refirió la mencionada sentencia. En efecto, consta además que fue incoado un proceso penal por denuncia de la demandada, por lesiones al menor, que fue sobreseído por auto de 20 de septiembre de 2.016, que ha sido recurrido por la demandada. Es claro por ello que no se da la mínima avenencia necesaria para el establecimiento de la **custodia compartida**, por lo que, siguiendo las recomendaciones del informe pericial, se asigna a la demandada la convivencia con el hijo. De acuerdo con el artículo 94 del Código Civil, se fija un régimen de comunicación paterno-filial con el actor, que será de fines de semana alternos desde la salida de la guardería o del centro escolar hasta las 20 horas del domingo, así como un día entre semana con pernocta las semanas en las que la demandada trabaje en horario nocturno, desde la salida de la guardería a la entrada al día siguiente, y dos tardes entre semana cuando la demandada no tenga horario nocturno, desde la salida de la guardería o centro escolar hasta las 20 horas. En vacaciones de verano, hasta que la menor cumpla cinco años, los progenitores se turnarán por semanas en el cuidado de su hijo, pero cuando cumpla cinco años, los periodos de estancia serán quincenales. El resto de las vacaciones serán por mitad. La elección de los periodos de estancia corresponderá al padre en los años pares y a la madre en los impares. Para la fijación de este régimen se han tenido en consideración las recomendaciones del informe del Equipo Psicosocial, que no encuentra obstáculos para este amplio régimen de comunicación».

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos por infracción del artículo 92 del Código Civil, en relación el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, y artículo 2 de la LO 1996, de 15 de enero, de Protección del menor, así como de la doctrina de esta sala que cita sobre la prevalencia del interés del menor en la determinación de la guarda y **custodia compartida**, por cuanto los razonamientos de la sentencia no hacen sino "entronizar" la rutina, o adaptación, como causa de denegación de la **custodia compartida**, y no hace una correcta valoración jurídica de este interés respecto de la existencia de "tensión entre los progenitores", a la que le otorga la condición de causa obstativa para aquel régimen.

El recurso se estima.

Es cierto, y así lo ha reiterado esta sala, que «en los casos en que se discute la guarda y **custodia compartida** solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio, 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de **custodia** que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y **custodia** no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia(..)».

La sentencia recurrida excluye la guarda y **custodia compartida** por lo siguiente: a) porque el menor era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, sin duda, contando entonces con dos años de edad, estaba adaptado al entorno materno; b) porque así lo recomienda el informe psicosocial realizado en el año 2015, y c) por la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores por el hecho de una denuncia y de un procedimiento penal archivado.

Pues bien, situadas estas afirmaciones en el contexto adecuado, ninguna de ellas justifica una medida como la acordada:

1. La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y **custodia**, dice la sentencia 526/2016, de 12 de septiembre de 2016, «está en función y se orienta en interés del menor; 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, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de 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 (sentencias de 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015)».



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 368/2014, de 2 de julio de 2014).

2. Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de los mismos (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre 2015 ; 135/2017, de 28 de febrero), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor.

3. La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la **custodia** exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre .

4. En íntima relación con ese interés, es cierto que la sentencia 619/2014, de 30 de octubre , a que hace mención la 409/2015, de 17 de julio de 2015 , afirma lo siguiente: «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 empecé 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.

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación 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 (sentencias 566/2014, de 16 de octubre ; 433/2016, de 27 de junio ; 409/2015, de 17 de julio y 296/2017, de 12 de mayo).

Nada de eso dice la sentencia y ninguna valoración se hizo de un procedimiento penal archivado, ni en el recurso ni en la oposición al mismo. La tensión entre los progenitores no es en sí misma causa para negar la **custodia compartida**. No lo ha sido para ampliar el régimen de visitas del padre con su hijo hasta aproximarlos a un verdadero régimen de **custodia compartida** y ni si quiera el cumplimiento de este régimen durante unos meses ha revelado dificultad alguna para su desarrollo con absoluta normalidad.

CUARTO. - La estimación del recurso hace que esta sala deba asumir la instancia y confirmar, como se interesa, el régimen de **custodia compartida** establecido en la sentencia del juzgado, que estaba vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación; todo ello con expresa imposición al recurrente en apelación de las costas causadas por este recurso, sin hacer especial declaración de las de la primera instancia y recurso de casación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

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 estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Maximiliano contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia - Sección 10.ª-, de 3 de mayo de 2017 .

2.º- Se casa y anula la sentencia recurrida en lo que se refiere al sistema de guarda y **custodia** del menor Jesús Ángel , que será **compartida** entre ambos progenitores, manteniendo la sentencia del juzgado.

3.º- Se imponen a la recurrida las costas causadas por el recurso de apelación; sin hacer especial declaración de las de la primera instancia y recurso de casación.

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.