

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimocuarta

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020

Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0056347

Recurso de Apelación [REDACTED]/2020 **Negociado 5. Tfnos. 914936141 - 914936145**

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 66 de Madrid

Autos de Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados [REDACTED]/2019

APELANTE: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

LETRADO D./Dña. [REDACTED]

APELADO: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

LETRADO D./Dña. JORGE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

SENTENCIA Nº 567/2022

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:

D./Dña. MARÍA JOSEFA RUIZ MARIN

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. MARÍA JOSÉ ALFARO HOYS.

D./Dña. MARÍA SERANTES GÓMEZ

En Madrid, a ocho de julio de dos mil veintidós.

La Sección Vigésimocuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados [REDACTED]/2019 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 66 de Madrid a instancia de D./Dña. [REDACTED] apelante - , representado por el/la Procurador D./Dña. [REDACTED] contra D./Dña. [REDACTED] [REDACTED] apelado - , representado por el/la Procurador D./Dña. [REDACTED] ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 08/01/2020.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D./Dña. MARÍA JOSEFA RUIZ MARIN**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 66 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 08/01/2020, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Se estima parcialmente la demanda formulada por DOÑA [REDACTED] frente a DON [REDACTED] y se desestima la demanda reconvenzional deducida de contrario y se acuerdan las siguientes medidas definitivas respecto del hijo común, [REDACTED]:

1.- Se atribuye a la madre [REDACTED] la guarda y custodia de su hijo menor, [REDACTED], manteniéndose la patria potestad compartida por ambos progenitores.

La patria potestad compartida ha de ejercerse conforme a lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del Código Civil. Por lo tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del menor deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan la comunicación se hará por wasap, correo electrónico o burofax y el otro progenitor deberá contestar por correo electrónico o burofax. Si no contesta podrá entenderse que presta su conformidad.

Ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto a su hijo tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por cualquier seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo.

Los dos progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación el centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de su hijo y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del niño podrá adoptar decisiones respecto del mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

2.- El padre y el niño podrán relacionarse con arreglo al siguiente régimen de visitas sin perjuicio de que los progenitores puedan llegar a otros acuerdos en beneficio de su hijo:

a.- Fines de semana alternos: desde la salida, del colegio del viernes, hasta el lunes, en que deberá ser reintegrado el menor al centro de estudios.

b.- Las tardes de los martes y jueves, la semana que no corresponda visita de fin de semana y las de los miércoles, la semana que corresponda visita de fin de semana, recogiendo al hijo el progenitor no custodio en el centro de estudios y reintegrándolo al día siguiente en el centro de estudios.

c.- Vacaciones: El padre podrá tener consigo al hijo durante la mitad de los períodos de vacaciones escolares de Navidad y verano. Los progenitores distribuirán de mutuo acuerdo los turnos de permanencia con el hijo en cada período vacacional y, si hubiese discrepancia, corresponderá elegir turno de Navidad y verano en los años impares a la madre y en los años pares al padre.

Se considerará primer turno de las vacaciones navideñas: desde el fin de las clases hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas; y, segundo turno, desde ese momento hasta la reanudación de las clases. El día de Reyes el hijo pasará, al menos, tres horas con el progenitor que no lo tuviese consigo ese turno.

Se considerará primer turno de las vacaciones de verano: desde el fin de las clases en el mes de junio hasta el 31 de julio a las 20:00 horas; y, segundo turno, desde ese momento hasta el

comienzo de las clases en el mes de septiembre. El progenitor que elige turno deberá comunicar su decisión al otro lo antes posible y, en todo caso, antes del día 15 de mayo de cada año.

Las vacaciones de Semana Santa las disfrutará el menor con el padre los años pares y, con la madre, los impares.

En las fiestas acumuladas a un fin de semana el menor las disfrutará con el progenitor que le corresponda la estancia ese fin de semana.

El día de la madre y el cumpleaños de la madre, el menor los disfrutará con la madre. El día del padre y el cumpleaños del padre, el menor los disfrutará con el padre. El día del cumpleaños del menor comerá con el progenitor no custodio y cenará y pasará la noche con el custodio.

Durante los periodos vacacionales se suspenderán las visitas semanales de fines de semana, reanudándose al final de cada periodo vacacional con el progenitor al que le hubiese correspondido el fin de semana siguiente si no hubiera habido vacaciones.

d. Ambos progenitores permitirán el contacto del hijo con el otro progenitor cuando esté en su compañía por cualquier medio: carta, teléfono, internet, etc., sin limitación, siempre que ello no interfiera en sus estudios y hábitos; comprometiéndose a comunicar al otro cualquier cambio de domicilio, lugar de estancia con el menor o teléfono de contacto, de inmediato.

3.- En concepto de alimentos para el menor, el padre abonará a partir de la notificación de la presente resolución, de forma anticipada la cantidad de 180 euros mensuales, por doce meses, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que sea designada por la madre. Esta cantidad se actualizará anualmente con efectos de primero de enero, comenzando por enero de 2021, según el Índice de Precios al Consumo que emita el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

Ambos progenitores abonarán por mitad los gastos extraordinarios del menor, previa acreditación y acuerdo entre las partes o, en caso de desacuerdo, autorización judicial.

En particular se consideran gastos extraordinarios las clases particulares de apoyo o refuerzo en los estudios y todos los gastos sanitarios necesarios no cubiertos por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social o cualquier otro sistema privado de previsión concertado por los progenitores, como las prótesis ópticas (gafas, lentillas o similares), prótesis dentarias (aparatos correctores como los brackets, colocación de piezas dentales nuevas), aparatos ortopédicos (plantillas, muletas, ayudadores, andadores, corsés, sillas de ruedas, etc.), los servicios o tratamientos dentales de cualquier tipo (raspajes, curetajes, endodoncia, desvitalización, etc.), y, en general, los tratamientos, terapias de logopedia, psicología, psiquiatría e intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, preventivas o curativas excluidas del sistema público gratuito de la Seguridad Social. Las operaciones quirúrgicas de cirugía estética, salvo las necesarias por tratarse de cirugía estética reparadora, sólo serán abonadas por ambos progenitores si son decididas de mutuo acuerdo, o, en su defecto, autorizadas por el juez. Igualmente se considerarán gastos extraordinarios las actividades extraescolares, las salidas del colegio a excursiones o visitas culturales los campamentos de verano, estudios, viajes o estancias de ocio en el extranjero, decididas por ambos progenitores de mutuo acuerdo o, en su defecto, autorizadas por el juez.

Para que sea exigible el pago de gastos extraordinarios, en la proporción correspondiente, por un progenitor al otro, deberá mediar previa consulta del progenitor que proyecte realizar el gasto al otro progenitor, y prestación por este del oportuno consentimiento o, en su defecto, autorización judicial, quedando exceptuados de este régimen de consulta previa los

gastos sanitarios necesarios de carácter urgente. La consulta al otro progenitor, recabando su consentimiento al gasto proyectado, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente de su práctica, y se entenderá tácitamente prestado si en el plazo de los 10 días naturales siguientes no se notificare en igual forma al custodio la denegación. En ningún caso tendrán la consideración de gastos extraordinarios los gastos de comedor o transporte escolar, la tarjeta transporte, la matrícula académica, los libros y demás material escolar. Sí tienen carácter de extraordinarios los gastos de matrícula extraordinaria por no superación de asignaturas en el examen correspondiente a la convocatoria ordinaria. Sin pronunciamiento respecto a las costas procesales.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial, en los términos prevenidos en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para recurrir es de aplicación la Disposición Adicional quinta de la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandado que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se recurre la resolución dictada por el juzgado de primera instancia número 66 en Madrid, en fecha ocho de enero del 2020 en la cual se acordó atribuir a la progenitora la custodia del hijo menor y la parte potestad compartida así como un régimen de visitas que se estableció y una pensión en concepto de alimentos en la cantidad de 180 euros mensuales y los gastos extraordinarios por mitad.

Por la representación de la parte recurrente se alegó una vulneración de las normas reguladoras y la incongruencia en cuanto a su motivación con falta de motivación y de protección del interés del menor y una errónea valoración de pruebas en cuanto la custodia y no teniendo cuenta el interés del menor para alegar una falta de motivación.

La valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (STS 23-9-96), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador "a quo" hizo de toda la prueba practicada, por la que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al Juez "a quo" y no a las partes (STS 7-10-97) habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los Órganos Jurisdiccionales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1-3-94). Y es que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios probatorios (STS 25-1-93), en valoración conjunta (STS 30-3-88), con el predominio de la libre apreciación, que es potestad de los Tribunales de Instancia a efectos de casación, pero cuyo criterio también es predicable en parte respecto del recurso de apelación, porque el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la

cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. Por ello, dado que los preceptos relativos a las pruebas practicadas no contienen reglas valorativas sino admoniciones a los Jueces y una apelación a la sana crítica y el buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del Juzgador, debe demostrarse que ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo, no razonable, contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio, constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que se ha de respetar en tanto no se acredite que es irrazonable.

El artículo 216 de la LEC establece el principio de justicia rogada y dice :

“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.”

El artículo 1.7 del Código civil considera que “ Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”

Por otro lado, el artículo 218 de la LEC regula la exhaustividad y congruencia de las sentencias así como la necesidad de su debida motivación, diciendo:

"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos."

Se alega por la recurrente que la sentencia infringe el artículo 218 de la LEC porque incurre en incongruencia omisiva porque el Juzgador no ha entrado a valorar cuestiones nuevas invocadas por el recurrente en la instancia, en concreto a la nueva situación personal del recurrente.

Siguiendo los argumentos que en su día se expuso por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de noviembre de 2021 (rec. 318-2021) ala hora de valorar la infracción del artículo 218 de la LEC y que son de aplicación al caso, los motivos alegados por la parte apelante han de fracasar por las siguientes razones:

1. - La incongruencia omisiva y la falta de motivación son conceptos diferentes.

La STS número 353/2015, de 22 de junio, rec. nº 476 /2014, con cita de la sentencia núm. 54/2012, de 6 febrero, recuerda que la incongruencia y la falta de motivación son "*conceptos distintos que han de integrar también motivos diferentes, (...) por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y, cabe que pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente (SSTS 1 de diciembre de 1998 ; 25 enero 1999; 2 de marzo de 2000; 25 septiembre 2003). En consecuencia, no cabe hablar de falta de motivación (...) por el hecho de que la sentencia hubiera dejado de pronunciarse sobre determinadas pretensiones de las partes, pues precisamente la falta de motivación ha de ponerse en relación con el pronunciamiento que se considera inexplicado y ausente de respaldo; lo que cabalmente es distinto e incompatible con la incongruencia que (...) consiste en la falta de pronunciamiento o en el pronunciamiento discordante con el objeto del proceso y las alegaciones efectuadas por las partes en defensa de sus pretensiones*".

En el presente caso el recurrente mezcla y confunde ambos conceptos.

2.- El juicio de incongruencia deviene de la confrontación del fallo con las pretensiones articuladas en la demanda y no con lo alegado en la contestación a la demanda.

Declara la STS 4 enero de 2013, rec. nº 1261/2010, que "*En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 mayo 2012 (núm. 294, 2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011 , ROJ 2898, 2011).*

El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada. (ST de 13 de junio de 2005. De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989 (...)

En el presente caso, existe una correlación perfecta entre el suplico de la demanda y el pronunciamiento contenido en el fallo de la sentencia, por lo que el vicio de incongruencia que se denuncia ha de ser rechazado.

En todo caso, si el recurrente estimaba, como alega, que la sentencia incurría en defecto de incongruencia omisiva, afirmación que se realiza a los solos efectos dialecticos y para apurar al máximo el derecho a la tutela judicial efectiva, la pretensión del apelante también devendría improsperable pues en supuestos de incongruencia omisiva, la parte recurrente tiene la posibilidad -y la carga- de denunciar tal silencio en la primera instancia, con precedencia a la interposición de la apelación mediante el ejercicio de la petición de

complemento o integración de la sentencia que prevé el artículo 215, apdo. 2 LEC y, sólo tras su denegación, formular recurso de apelación.

En efecto, el 459 LEC dispone que: "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello". De la dicción de este precepto se desprende inequívocamente que las partes tienen una oportunidad procesal de poner de manifiesto la eventual omisión de pronunciamiento a través del procedimiento previsto en el art. 215 LEC, sin cuyo previo agotamiento no cabe acudir directamente al recurso de apelación para denunciar una falta que pudo ser subsanada a través de un trámite distinto y previo.

No acreditándose haber acudido a este procedimiento, el motivo del recurso debe ser desestimado. En este sentido, tiene declarado el TS, Sala Primera, en sentencias 411/2010, de 28 de junio y 664/2010, de 20 de octubre que "... A) El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 113/2003 y 16 de diciembre de 2008, RC n.º 2635/2003)...".

3.- La falta de motivación no es equiparable a la falta de valoración de un determinado medio probatorio, en este caso de un hecho nuevo que indica el apelante.

La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del *iter* decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE, y se configura como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009).

Declara la STS 4 enero de 2013, rec. nº 1261/2010, que "*Esta Sala ha venido exigiendo la aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funciones o finalidades que implícitamente comporta la exigencia de la motivación: la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003 , entre otras). Pero también, como resulta lógico, hay que señalar que esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la*

decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2008 , de 22 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2010)".

De la aplicación del precedente criterio al caso, se sigue que dicho defecto deviene inatendible puesto que la sentencia apelada expresa la razón por la que desestima la demanda; el recurrente ha podido conocer los criterios fácticos y jurídicos esenciales determinantes del fallo e interponer el recurso con todas las garantías legales, como se evidencia con las alegaciones y motivos desarrollados en su recurso de apelación.

Igualmente se ha alegado una vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la custodia compartida y el interés del menor

Igualmente se alega una vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo de la custodia compartida ignorándola y poniendo en riesgo la seguridad jurídica y vulnerando el interés del menor para solicitar una custodia compartida a favor del hijo común llamado [REDACTED] con el pronunciamiento que haya lugar el derecho.

Por el ministerio fiscal se manifestó expresamente que la fundamentación razonaba debidamente lo expuesto y no acredita que lo pretendido sea beneficio a un niño de 12 años que al ser explorado manifestó el tiempo real estancia con el progenitor paterno no se vea alterado y va a estar con su padre y no es un capricho y el beneficiario que coincide con lo interesado por el ministerio fiscal en sus conclusiones tras la prueba y el interrogatorio y la exploración y interesa la desestimación del recurso y la confirmación.

La representación de la progenitora presentó oposición al recurso de apelación y solicita la desestimación del recurso.

Es de interés lo manifestado en la resolución, en donde se manifestó que se solicitó en relación a la custodia, y para manifestar que fruto de una relación sentimental nació [REDACTED], y que ambos convivían con su hijo el domicilio de los padres del progenitor hasta los seis años que la actora finalizó la relación con el padre y decidieron separarse conviviendo el niño desde entonces una semana con cada progenitor que residía con los abuelos y cinco años había mantenido la custodia compartida sin problemas y la progenitora ha solicitado la regulación y la custodia exclusiva y interesó una regulación puesto que se había ido a vivir con una nueva pareja estaba esperando un hijo y pretendía que su hijo viviera con esa nueva familia y era más oportuna su educación y cuidado que la que prestaba el padre y abuelo paterno que era lo que se ocupaban realmente de su hijo y rechaza la custodia compartida, y era un niño adaptado y estable que aceptó la alternancia ya que llevaba viviendo prácticamente así desde su nacimiento y tenía una buena relación con sus abuelos y que en la exploración manifestó buena relación con sus padres y abuelos paternos que convive cuando está con su padre era conductor de Uber y hacía mucha ilusión convivir con su madre todos los días y con su padre los fines de semana pues a su padre solamente lo veía los fines de semana y estaba cansado de vivir en un sitio otro y por tanto de interés de este digno de protección y con el indudable reconocimiento de que ambos progenitores tienen cualidades personales y morales idóneas para atender no consideraba la custodia compartida.

Esta sala atendiendo a lo anterior solicitó la realización de un informe psicosocial que obra en las actuaciones el que se remite en su totalidad a los efectos y realizado el día 28 de marzo del 2022.

Para concluir este en sus conclusiones como beneficioso con el establecimiento de una guarda custodia compartida al apreciarse que sus deseos son los expuestos con madurez y solidez, y argumentos sólidos que proporcionaría mayor organización en su vida y proporciona una organización y mayor disponibilidad de tiempo para sus responsabilidades escolares sin conllevar una lesión en su vinculación afectiva con ambos progenitores y mantener contacto flexible con ambos padres y familiares.

Esta Sala pone de manifiesto en primer lugar la doctrina más reciente sobre lo que constituye la guarda y custodia compartida del Tribunal Supremo. Habiendo mantenido en su sentencia del mes de abril de 2014 que no es una medida excepcional, sino que ha de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos que tienen a relacionarse con los progenitores aún en situación de crisis.

Debiéndose tener muy en cuenta la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, el deseo manifestado por los menores que puedan ser oídos, el cumplimiento de sus deberes en relación con los hijos y el resultado de los informes exigidos legalmente elaborado por los equipos psicosociales adscritos al juzgado y por tanto la resolución debe ser fundada en el interés de los menores no siendo, se reitera una medida excepcional sino normal y deseable, aproximando este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo la posibilidad de los progenitores de seguir ejerciendo su derecho y obligaciones inherentes a la potestad y responsabilidad parental de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos lo que parece beneficioso para estos fomentando la integración del menor con ambos progenitores y evitando desequilibrios en el tiempo, evitando sentimientos de pérdida y no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres en beneficio del menor que ya ha venido desarrollando con eficiencia.

La guarda y custodia compartida no sólo es posible en aquellos supuestos en los que la relación entre los progenitores es fluida, permanente, periódica, pacífica, cordial, provocando todo ello la permanente comunicación, el diálogo y contacto de ambos con el fin de buscar en todo momento consensos y acuerdos que determinen el óptimo desarrollo integral de los menores, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución, en todos los ámbitos, no solamente en el aspecto escolar, ofreciendo los presupuestos de orden material, en relación a alojamiento, lugar de residencia de dichos progenitores, distancia entre las mismas, así como del centro escolar, ámbito social, ocio, recreo, descanso hábitos de los hijos.

Sin embargo cabe aclarar que, y siguiendo con la reciente doctrina del Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 25 de abril del 2014, y de fecha 29 de abril del 2013, esta última que sienta doctrina jurisprudencial, se advierte "que tal medida debe estar fundada en el interés de los menores, y se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el cumplimiento por parte de los padres de sus obligaciones con respecto a los hijos, de tal manera que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, antes bien, se puede considerar normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con sus padres, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible, de manera que si ambos cónyuges reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, en estos supuestos será posible

acceder a la medida sobre guarda y custodia compartida.

Asimismo, tampoco se puede excluir la posibilidad de la guarda y custodia compartida en aquellos supuestos en los que aun aceptando que entre los cónyuges existe una mala relación personal, tal situación de conflicto entre aquellos no es relevante, ni provoca ninguna consecuencia que afecte o perjudique el interés de los menores.

Esta sala partiendo de lo dicho anteriormente y que el Tribunal Supremo ha mantenido al efecto, y que entiende que la guarda y custodia compartida es de enorme interés para los hijos comunes porque conlleva ello una participación en el tiempo de estancia igual con ambos y participar en igual cantidad y calidad de tiempo con los progenitores, y sólo beneficia a estos, y por ello y máximo en este caso en concreto en donde ya el menor estaba habituado este sistema es un sistema que lo propio progenitores habían instaurados y que por razones de organización o de nueva opciones absolutamente en el ejercicio de su libertad aceptadas y acogidas no puede ir en detrimento del beneficio que supone siempre el compartir con el progenitor o progenitores, en una igualdad el tiempo de su estancias y vida por tanto en atención al anteriormente expuesto, y el indudable valor de que la custodia compartida supone la realidad de que el menor está totalmente adecuado y demanda una estancia con ambos progenitores, por esta sala no puede más que estimar el recurso de apelación y establecer una custodia compartida del menor por ambos progenitores.

Así como establecer un régimen de visitas para disfrutar por ambos progenitores por mitad en los periodos de Navidad, Semana Santa, y verano repartiendo entre ambos, y cada uno hará frente a los gastos del menor en el periodo que estén con este y los gastos que no sean de estancia como educación y otros de ello serán abonados a 50 por ciento, al igual que los gastos extraordinarios.

SEGUNDO.- No se hace expresa imposición de costas en esta alzada a ninguna de las partes personadas.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. [REDACTED]** contra la Sentencia dictada en fecha ocho de enero de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid en autos de Familia, guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados seguidos con el número [REDACTED]/2019, estableciendo la custodia compartida del hijo común para ambos comenzando en semanas alternas de viernes a la salida del colegio hasta el lunes con reintegro en el centro escolar, las vacaciones Navidad, Semana Santa y verano se disfrutaran por mitad, por ambos progenitores y en relación a los gastos del menor, se abonaran cada uno en su periodo de estancia con este y los demás que no sean de estancia como los escolares y otros, se abonaran al 50 por ciento, así por mitad del gasto extraordinario igualmente al 50 por ciento, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y XXX de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 3231-0000-00-0XXX-20, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación en fecha _____, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid, a

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.