



Roj: **SAP BA 440/2019 - ECLI: ES:APBA:2019:440**

Id Cendoj: **06015370022019100259**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **21/05/2019**

Nº de Recurso: **222/2019**

Nº de Resolución: **379/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 BADAJOZ

SENTENCIA: 00379/2019

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de BADAJOZ

Modelo: 1280A0

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275 **Correo electrónico:**

Equipo/usuario: APD

N.I.G. 06074 41 1 2017 0000608

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000222 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000414 /2017

Recurrente: Araceli Procurador: MARIA DEL PILAR GUERRERO CRUZ Abogado: RAQUEL MORAN CONTRERAS

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Argimiro Procurador: , JOSEFA MENDEZ NOGALES

Abogado: , JOSE ANTONIO CARRASCO RANGEL

SENTENCIA 379/2019

ILMOS. SRES...../ PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA (PONENTE)

MAGISTRADOS:

DON ISIDORO SÁNCHEZ UGENA

DON FERNANDO PAUMARD COLLADO

Recurso civil número 222/2019.

Autos de guarda y **custodia** 414/2017. Juzgado de 1ª Instancia de DIRECCION000 .

En la ciudad de Badajoz, a veintiuno de mayo de dos mil diecinueve.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento de guarda y **custodia** 414/2017 del Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 , siendo parte apelante, doña Araceli , representada por la procuradora doña María del Pilar Guerrero Cruz y defendida por la letrada doña Raquel Morán Contreras; parte apelada, el Ministerio Fiscal y don Argimiro , quien ha comparecido representado por la procuradora doña Josefa Méndez Nogales y defendido por el letrado don José Antonio Carrasco Rangel.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 , con fecha 13 de noviembre de 2018, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

<<Que ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta D. Argimiro representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Méndez Nogales contra DÑA. Araceli y en consecuencia DECRETO las siguientes medidas que han de regir la relación con la menor:

1ª) La patria potestad sobre el menor será ejercida de manera conjunta por ambos progenitores.

2ª) La guarda y custodia del hijo menor será ejercida de manera compartida por ambos progenitores, estableciéndose un sistema semanal desde las 20.00 horas de cada domingo, siendo el progenitor que vaya a disfrutar de la semana el que deba acudir al domicilio del otro para recoger al menor

3ª) Cada uno de los progenitores se hará cargo de los gastos de manutención que tuviera el menor mientras que esté en su compañía.

4ª) Asimismo se abonarán por mitad los gastos extraordinarios del hijo menor, tales como asistencia médica, educativa, cultural y demás propios del menor, debiendo ser consentidos por ambos, únicamente, aquellos gastos extraordinarios innecesarios o superfluos, según la doctrina jurisprudencial dominante.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales, dados los intereses públicos que se persiguen en el presente proceso>>.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de doña Araceli .

TERCERO. Admitido que fue el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Tras las alegaciones del Ministerio Fiscal y de don Argimiro , se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia. Por auto, de 12 de marzo de 2019 se accedió a la práctica de pruebas en segunda instancia. Tras ello, se señaló para deliberación y fallo el día 24 de abril de 2019, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos relevantes.

a) Don Argimiro , nacido el NUM000 de 1997, y doña Araceli , nacida el NUM001 de 1997, tuvieron una relación sentimental y fruto de la misma, con fecha NUM002 de 2016, nació Lucas .

b) Don Argimiro reside en DIRECCION000 (Badajoz) con sus propios padres y, en el cuidado de su hijo Lucas , ellos le ayudan.

c) Doña Araceli vive en DIRECCION001 (Badajoz), lo hace también en compañía de sus padres, que también le ayudan en la crianza de Lucas . Doña Araceli continúa sus estudios universitarios pero lo hace principalmente a distancia.

d) Al partir del segundo mes de vida y hasta que los progenitores rompieron su relación sentimental (28 de abril de 2017), la custodia del hijo se alternó semanalmente entre los domicilios de los respectivos abuelos. Con posterioridad, la guarda del menor recayó sobre la madre.

e) La población de DIRECCION000 dista 21 kilómetros de DIRECCION001 .

f) Don Argimiro , ocasionalmente, ha consumido porros, pero no es adicto a las drogas. Hoy día trabaja como autónomo en jornada de mañana en una empresa familiar.

g) Por auto de 11 de julio de 2017, como medida provisional, el Juzgado de Primera Instancia concedió la guarda y custodia del menor a la madre.

h) Por sentencia de 13 de noviembre de 2018, el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 ha aprobado un régimen de custodia compartida por turnos semanales.



SEGUNDO. Motivos del recurso de apelación.

Doña Araceli pide la revocación de la sentencia de instancia para que, en vez de un régimen de **custodia compartida**, se fije una **custodia** monoparental a su favor.

Como primer motivo del recurso, invoca la infracción del principio *favor filii* y la vulneración del artículo 39 de la Constitución y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. Hace ver que ella abandonó la ciudad de Cáceres y pasó a estudiar a distancia su carrera de filología con el exclusivo fin de atender a su hijo Lucas. Recuerda que, tras un inicial periodo en que se alternó la **custodia** del hijo en los domicilios de los respectivos abuelos, fue ella quien ostentó la guarda y **custodia** del menor. No se explica que, si la **custodia** monoparental era deseable entonces y si el niño fue feliz durante ese tiempo, se haya finalmente decidido adoptar un régimen de **custodia** distinto. Entiende que no se ha respetado el superior interés del menor, pues, según ella, la **custodia compartida** perjudica al niño. Y con mayor motivo, añade, cuando resulta que los progenitores viven en localidades distintas.

Como segundo motivo del recurso, también con la misma finalidad de obtener una **custodia** exclusiva, doña Araceli entiende infringido el artículo 120 de la Constitución. Dice que la motivación de la sentencia de instancia es insuficiente. Argumenta que no se puede dar valor a la testifical de doña Agueda, pues no es verdad que el menor sea feliz cuando está con el padre. En prueba de tal extremo, la recurrente presenta una grabación del hijo en la que se pone a llorar cuando este se marcha con su padre.

Apunta además que don Argimiro no puede ser buen padre porque es adicto a la marihuana. Falta de idoneidad para ejercer como padre en la que abunda alegando que quienes cuidan del menor son los abuelos, es decir, los padres de don Argimiro. Trata de justificar este extremo a través de un informe de detectives en el que se constata que su función parental es asumida por los abuelos del menor. Dice de don Argimiro que es un mero acompañante y que siempre está en lugares de ocio con amigos, bebiendo cervezas y fumando.

Por otro lado, ella admite que convive con sus padres, pero solo por falta de solvencia económica, pues está capacitadísima para cuidar de su hijo en soledad. Insiste en que el padre no está capacitado para cuidarlo, que nunca lo hizo -ni siquiera cuando convivieron juntos-, que no sabe cambiar un pañal, ni darle de comer.

Y por último, mantiene que no existe relación, que no hablan entre sí, lo cual, apostilla, imposibilita la **custodia compartida**.

TERCERO. Alegaciones del padre y del Ministerio Fiscal.

Don Argimiro entiende que el recurso de apelación está construido sobre hechos inventados, inexistentes, que no han sido probados y que tienen como único fin perjudicar su imagen, con el ánimo de degradarlo en provecho no del hijo sino de la propia madre. Rechaza de plano que se le quiera hacer pasar por consumidor de marihuana y otras sustancias. Recuerda que, en su momento, aportó analíticas de sangre y orina para demostrar la ausencia de consumo de tales sustancias. Es más, hace suyo el informe realizado por supuestos detectives y presentado por doña Araceli en segunda instancia, pues ninguna prueba aparece en tal informe que demuestre tal consumo. Explica que, para acreditar el consumo, no basta decir que *según fuentes consultadas* es consumidor. Considera gratuito tal alegato, que se hace sin base probatoria alguna y sin citar las supuestas fuentes. Habla de descomunal atropello a su imagen, con la mera intención grotesca de intentar sacar provecho judicial a sabiendas, añade, de que es un hecho totalmente inventado.

Sobre la idoneidad del régimen de **custodia compartida**, empieza recordando que el propio Ministerio Fiscal lo propuso. Hace suyas también las consideraciones del juez de instancia. Asume que fueron padres jóvenes y quedaron abocados a seguir nuevos caminos vitales con la ayuda de sus respectivos padres. Rechaza de plano que la decisión hoy impugnada no proteja los intereses del menor. Todo lo contrario. Resalta que, en la instancia, se han practicado pruebas y las mismas se han valorado racionalmente en interés siempre del hijo, siendo la conclusión alcanzada la más correcta. Sostiene que la sentencia de instancia está basada en todo momento en el interés superior del menor. Añade que no basta con alegar gratuitamente la infracción de tal principio, que es una alegación vacía de contenido, sin sustantividad alguna, más propia de una subjetiva pretensión interesada que de un auténtico motivo de recurso.

Por último, decir que el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de apelación y que, por ende, se mantenga la **custodia compartida**.

CUARTO. Decisión de la Sala: el régimen de **custodia compartida** protege mejor el interés del menor.

Como es sabido, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la **custodia compartida**, lejos de ser un régimen excepcional, ha de ser el régimen ordinario y deseable de **custodia** de los hijos menores. Y es que este régimen es el ideal, pues es el que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura de la pareja. Además, garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y deberes inherentes



a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo 391/2015, de 15 de julio y 22/2018, de 17 de enero).

Dicho régimen, bien es verdad, con ser el más beneficioso, también tiene sus dificultades, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambiar de domicilio en periodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores (sentencia del Tribunal Supremo 370/2017, de 9 de junio).

Pues bien, a la vista de las pruebas practicadas en primera y segunda instancia, el recurso de doña Araceli no puede prosperar. Como a continuación expondremos, ninguno de los argumentos esgrimidos por la madre justifica la instauración de un régimen de **custodia** monoparental.

A) Ser padre joven no impide fijar un régimen de custodia compartida .

Para desautorizar la decisión del juez de instancia, por la parte recurrente se viene a decir que el padre es inmaduro, demasiado joven tal vez para asumir las responsabilidades derivadas de la crianza de un hijo. Son elocuentes, al respecto, las manifestaciones efectuadas por doña Araceli con ocasión de su interrogatorio judicial el día del juicio. Llegó a decir que quien no puede cuidarse a sí mismo mucho menos está en condiciones de cuidar de un hijo.

Este descargo, sin embargo, no puede acogerse.

En efecto, la juventud del progenitor no es necesariamente un impedimento para la fijación de una **custodia compartida**.

Ciertamente, a Argimiro la paternidad le ha llegado por sorpresa. Pero lo mismo le ha pasado a Araceli . Ambos han tenido a su hijo con 19 años. En plena etapa de estudiantes, sin buscarlo, han pasado a asumir la gran responsabilidad de ser padres.

Ahora bien, contar con 19 años y tener un hijo no son episodios incompatibles, ni tampoco extraordinarios. No puede hablarse de una edad ideal para ser padres y menos desde un punto de vista jurídico. Las circunstancias condicionan mucho la procreación. En las sociedades desarrolladas no solo ha ido descendiendo la natalidad, sino también, de forma paralela, los hijos se han ido teniendo más tarde. Influyen muchos factores. Entre otros, hay poderosos motivos económicos, laborales y personales.

Y puede ser verdad que, en general, tener hijos más tarde facilite su educación dada la mayor madurez psicológica de los progenitores. Pero desde un punto de vista biológico, según la ciencia, la edad óptima para tener un hijo son los 19 o 20 años.

Sea como fuere, ser padre o madre con 19 años no lleva anudada merma jurídica alguna. Que una situación de hecho sea infrecuente no la convierte en extravagante. Estamos ante un episodio natural y antaño incluso común.

Decimos esto porque no podemos identificar con progenitores inhábiles a quienes son padres jóvenes. Aunque no se puede generalizar, nada tiene de extraño que Argimiro , con 19 años, fuera una persona inmadura. Y es verdad también que la llegada temprana de un hijo trae consigo contrariedades a nivel personal, educativo, laboral, etcétera. Hay que replantearse muchas cosas y reestructurar el propio proyecto de vida. Conlleva una gran carga y un vínculo inseparable.

Supone desde luego afrontar un papel muy distinto: no es fácil pasar de casi adolescente a padre sin solución de continuidad. Comporta afrontar de golpe responsabilidades propias de adulto. Pero dicho esto, la paternidad misma se convierte normalmente en uno de los hitos personales en la madurez de una persona. El padre joven también tiene sentido de la responsabilidad y compromiso afectivo. Y por otro lado, el padre no nace sino que se hace. La experiencia de la paternidad solo se adquiere cuando directamente se vive. En buena medida es una función que afrontamos de forma innata. En general, no estudiamos ni nos formamos para ser padres. De ahí, sí, que la inmadurez y la menor experiencia jueguen en contra del idóneo ejercicio de la función parental. No obstante, la juventud de los progenitores también tiene algunas ventajas: por ejemplo, están en mejor condición física para cuidar de unos hijos pequeños que exigen atención constante día y noche.

Por otra parte, sin desmitificar la labor que pesa sobre los padres, con obligaciones y deberes de la más alta responsabilidad, una obviedad: no podemos presuponer que un padre sea necesariamente más incompetente que una madre en la crianza de un hijo. Aunque es innegable el especial vínculo de la madre con el niño primero por la gestación y después por razón de la lactancia, el padre ocupa también un importante lugar en el desarrollo de su personalidad. Sí, aun siendo joven, un padre puede en los primeros años de vida del hijo prestarle una atención integral. No cabe hacer distingos aquí entre padres y madres. Bien es verdad que la relación de los padres y las madres con los menores presenta algunos contrastes. Los tratadistas ponen



de relieve que hay diferencias notables en algunos aspectos, como puede ser en el juego y en la disciplina. Diversidades que, lejos de ser distorsionantes, enriquecen a los hijos, pues las aportaciones de cada progenitor complementan su desarrollo y personalidad. Con ello se quiere poner de manifiesto que la dedicación de doña Araceli para con su hijo, por supuesto admirable, no puede ser un obstáculo insalvable para el padre a la hora de decidir el régimen de guarda. Cada progenitor puede asumir individualmente las atenciones y cuidados que demanda el hijo. Aunque la aportación de cada uno al desarrollo del menor sea distinta, ambas contribuciones son complementarias de cara a forjar su identidad y su personalidad. En cada caso concreto, la participación de cada uno podrá diferir, pero sin que, a tal fin, la condición sexual juegue un papel determinante.

Y decimos esto para salir al paso de las manifestaciones de la recurrente. Que ella tenga especiales habilidades para el cuidado de su hijo nadie lo pone en duda. Pero insinuar que su expareja no sabe dar de comer, bañar, vestir, educar o jugar con su hijo de dos años está fuera de lugar. Y menos cuando no se dan razones de peso para justificar dicho juicio de valor.

En suma, a falta de otras consideraciones, tener 21 años y carecer de experiencia previa en el cuidado de menores no es impedimento para fijar un régimen de **custodia compartida**.

B) La ayuda de los abuelos no es incompatible con el régimen de custodia compartida .

Es verdad que los abuelos no son los padres y, por tanto, no pueden suplantar su función. Pero dicho esto, los abuelos pueden ser unos extraordinarios colaboradores de los padres. Y más todavía en supuestos como este, donde prácticamente puede hablarse de padres adolescentes. Como ya hemos visto, Argimiro y Araceli tuvieron a su hijo Lucas con diecinueve años.

La atención y crianza de un bebé o de un niño de dos años, evidentemente, no está al alcance de cualquiera. Eso es así. Los psicólogos califican tanto la maternidad como la paternidad como prácticas sociales complejas. Por ello, con razón, es casi una tradición que las madres y padres primerizos busquen el consejo y auxilio de los abuelos. La familia, no solo la nuclear sino también la extensa, juega un papel muy importante en el desarrollo de los menores. La familia es la institución social más importante y, ello, porque en general es la primera fuente de enseñanza que tenemos. El entorno familiar pesa mucho y, por tanto, cobra mucha relevancia cuando tenemos que emitir un juicio sobre el interés superior del menor.

Dicho con otras palabras, cuando hablamos de **custodia compartida**, uno de los factores a valorar positivamente es la disponibilidad de los propios padres de los progenitores. La ayuda de los abuelos, lejos de ser un estorbo para fijar el concreto sistema de **custodia** es un importante aliciente. Así lo tiene establecido de forma reiterada la jurisprudencia. Por ser la más reciente, viene muy a cuento la sentencia del Tribunal Supremo 211/2019, de 5 de abril . En ella se concede la **custodia** monoparental a un padre porque, entre otras circunstancias, los abuelos paternos ofrecen una mejor atención al menor. Y es que, si los abuelos pueden suponer un apoyo familiar fundamental en situaciones normales, más importancia cobran todavía en los momentos difíciles. No solo cuidan de los nietos, sino que preservan su estabilidad emocional.

Y desde luego no puede sostenerse aquí que el padre haya delegado total y permanentemente en los abuelos sus obligaciones. Es cierto que, en buena medida, son su sostén económico y afectivo, pues sigue viviendo con ellos. Pero esta misma circunstancia acontece con la madre. También ella cuenta con la inestimable ayuda de sus progenitores. Es más, al nacer el hijo, de común acuerdo, los hoy litigantes alternaron semanalmente la **custodia** del menor valiéndose de los abuelos paternos y maternos. Tal episodio, hasta cierto punto lógico e inevitable, pues la madre y el padre contaban solo con 19 años y estaban estudiando, ha facilitado también un importante arraigo del menor en ambas familias. Es decir, hablamos de entornos familiares propicios, positivos. Entornos donde la presencia de los progenitores es constante y donde los abuelos ofrecen una estabilidad económica y afectiva que garantiza sin duda el bienestar del menor. No sustituyen a los padres, pero son un apreciado complemento.

Estamos, como se ve, ante situaciones parejas, que no serán iguales pero que guardan cierta identidad de razón. Y ante acontecimientos paralelos no puede hacerse de peor condición al padre por el hecho de que conviva y se haga ayudar de sus propios padres. Téngase en cuenta, además, que Argimiro es autónomo. Cuenta con una flexibilidad horaria que le facilita conciliar mejor su vida familiar.

En fin, en la medida en que el padre, Argimiro , no ha declinado sus deberes parentales, que personal y diariamente atiende con la colaboración de sus propios padres, no existe objeción para implantar un sistema de **custodia compartida**.

C) Las adicciones y el ejercicio de la función parental .



Indudablemente las adicciones pueden condicionar el régimen de **custodia**. Aunque un progenitor cubra las necesidades básicas de sus hijos, el consumo de drogas puede interferir el desarrollo educativo y emocional de los menores. Toda **custodia** debe desempeñarse de forma diligente y responsable.

Pero hecha esta observación, no se puede confundir el consumo ocasional o esporádico con la adicción. Adicto es quien tiene hábito de conductas peligrosas o de consumo de determinados productos, en especial drogas, y que no puede prescindir de ello o le resulta muy difícil hacerlo por razones de dependencia.

En este caso, la parte apelante hace supuesto de la cuestión, pues, sin pruebas que lo acrediten, atribuye a don Argimiro la condición de drogadicto. El único extremo contrastado es que, de forma puntual, ha fumado porros. Sí, es verdad, él lo ha reconocido en el acto del juicio. Pero una cosa es esa y otra muy distinta tacharlo de adicto. Y por supuesto, el informe de detectives aportado en segunda instancia de ningún modo demuestra esa adicción. Para empezar, este tipo de informes, cuando son cuestionados, solo pueden hacer prueba si presta declaración como testigo su autor (artículo 265.1.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aquí, tal declaración testifical no se ha practicado. Pero no es solo eso. Como bien se replica de contrario, escasa verosimilitud merece el informe cuando justifica el conocimiento de la supuesta condición de adicto del padre bajo el pobre y manido argumento de las *fuentes consultadas* . Como señala el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para valorar la declaración de un testigo, es fundamental tomar en consideración la razón de ciencia dada, es decir, la fuente de su conocimiento. Si la fuente se oculta o silencia, el testimonio escaso valor tiene.

En fin, la drogadicción del padre no se ha demostrado. Por si fuera poco, en esta segunda instancia, el propio padre ha propuesto como prueba y este tribunal ha admitido un análisis médico de sangre y orina que recoge un *screening* de opiáceos, cannabis, cocaína y anfetaminas, siendo todos los resultados negativos.

Por todo lo expuesto, no se puede achacar al padre conducta inapropiada alguna que pueda impedir o dificultar el desempeño responsable de la **custodia** del menor.

D) La estabilidad del menor y la relevancia o irrelevancia del llanto.

Por la madre también se ha sacado a colación que el menor ha estado bajo su **custodia** a lo largo de un año y que ello ha redundado en beneficio del niño. Entiende que es muy pequeño todavía, que necesita estabilidad y que, de hecho, se pone a llorar cuando su padre lo visita. En prueba del llanto, ha presentado una grabación.

Por lo pronto, tenemos que insistir en lo obvio: aquí prima el interés superior del menor, de modo que habrá de aprobarse aquel régimen que sea más beneficioso para el hijo. Guste más o guste menos, en principio, la guarda y **custodia compartida** es el régimen más propicio para salvaguardar ese interés superior. No es ya que lo diga el Tribunal Supremo, es que así viene corroborado por los estudios sociales y psicológicos. La mayor parte de la literatura científica afirma que los niños con padres separados presentan más problemas emocionales, sociales y de bienestar y salud que los que viven con ambos padres. Por ello, el contacto continuado de los niños con los progenitores tras la ruptura de la convivencia viene a mitigar esos problemas. El solo hecho de que la madre haya quedado al cuidado del menor a lo largo de un año no es suficiente para perpetuar tal situación. Lo que es mejor para un progenitor no es necesariamente mejor para el hijo. Como establecen las sentencias del Tribunal Supremo 11/2018, de 11 de enero y 654/2018, de 20 de noviembre , no se puede rechazar la **custodia compartida** bajo el argumento de que el menor ha vivido más con su madre, ni tampoco porque, por su corta edad, el menor necesite rutina y estabilidad. Está, por tanto, descartado que la estabilidad sea un criterio válido de atribución de la **custodia**, pues, entonces, la situación se petrificaría en el tiempo de modo irreversible, pues, cuantos más años pasen, más se consolida la situación de **custodia** exclusiva y más imposible se hace cualquier cambio posterior.

Por otra parte, es lógico que un menor de corta edad tenga más apego con el progenitor con quien convive a diario. La grabación es buena prueba de que el niño, ahora mismo, siente más atracción por su madre. Eso es natural. Pero la experiencia enseña que lo que quiere un hijo no es siempre lo que más le conviene. Por encima de sus deseos está su bienestar. La **custodia compartida** va a reforzar los lazos con ambos progenitores, lo que va redundar a la larga en beneficio de su personalidad y de su desarrollo emocional.

Por último, decir que el llanto de un niño, y más si es pequeño, no es motivo para negar una **custodia compartida**. El llanto es la principal forma de comunicación de un bebé.

Aisladamente considerado, no es un factor que pueda comprometer las habilidades de don Argimiro como padre. Que el niño llore cuando el padre lo recoge es algo corriente: quiere así llamar la atención de su madre. Tal circunstancia no es manifestación de nada malo. Es un episodio de lo cotidiano, un acontecimiento de la vida diaria: lo que puede esperarse de un bebé.

E) La distancia entre ciudades.



Doña Araceli encuentra también inviable la **custodia compartida** porque ella y su expareja residen en localidades distintas. Denuncia que, cuando sea escolarizado el niño, tendrá que hacer importantes desplazamientos diarios por carretera. Dice que deberá viajar 42 kilómetros diariamente para poder asistir al colegio y, ello, sin contar con las actividades extraescolares.

Es una realidad que, para ser viable, la **custodia compartida** exige que los domicilios de cada progenitor no estén muy alejados. El centro escolar es único y, en consecuencia, las distintas viviendas deben estar a una distancia razonable.

La jurisprudencia ha tratado esta cuestión de forma reiterada. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 229/2018, de 18 de abril, abordó un caso extremo: el padre residía en Pamplona y la madre en Tokio. El Juzgado y la Audiencia atribuyeron la **custodia** de los dos hijos a la madre. El padre recurrió en casación y propuso una guarda por periodos de tiempo de años alternos. El Supremo rechazó tal posibilidad. Señaló que la distancia entre domicilios hacía inviable la **custodia compartida**, pues la **custodia** anual en cada país perjudicaría a los hijos, al cambiar de ambiente cada año, lo que no sería bueno para su desarrollo emocional.

Asimismo, la sentencia 4/2018, de 10 de enero, también del Tribunal Supremo, resolvió el supuesto de unos progenitores que vivían respectivamente en DIRECCION002 (Cádiz) y DIRECCION003 (Guipúzcoa), es decir, separados 1.000 kilómetros. El Juzgado concedió la **custodia compartida** del niño de tres años por periodos de tres semanas, basándose en que su capacidad de adaptación es enorme y que para desplazarse los padres contaban con buenos medios de transporte como el avión. La Audiencia confirmó dicha decisión y recordó que, en medidas provisionales, los progenitores habían pactado **custodias** alternativas de quince días. Sin embargo, el Supremo revocó tal decisión al entender que la distancia hacía inviable la **custodia compartida** dadas las distorsiones que generaría en la vida del menor. Habló de existencia nómada incompatible con el interés del menor, quien no tendría estabilidad y estaría sometido a dos colegios distintos.

Aquí, como es notorio, nos encontramos en un caso distinto. Sí, la distancia entre los domicilios no es incompatible con la **custodia compartida**. De entrada, el niño aún no está escolarizado. Pero, en cualquier caso, compartimos las acertadas consideraciones del juez de instancia. Aunque cada progenitor reside en localidades distintas, uno en DIRECCION000 y otro en DIRECCION001, la distancia por carretera entre ambas poblaciones es de 21 kilómetros. Para quien vive en un término pequeño como DIRECCION001, que tiene poco más de quinientos habitantes, puede parecer mucha distancia, pero la realidad física espacio-temporal no engaña: si el menor se escolariza en el pueblo de la madre, el padre tardará unos veinte minutos en coche en llevar al colegio al niño.

Quiere ello decir que la **custodia compartida** se puede llevar a la práctica sin que ello comprometa el interés del menor. Como bien recoge la sentencia de instancia, de mantenerse criterio distinto, no existiría el sistema de **custodia compartida** en las grandes ciudades, donde por lo general cualquier desplazamiento lleva más tiempo.

F) Falta de comunicación.

Para terminar, la apelante echa en falta que la sentencia de instancia se pronuncie sobre la falta de diálogo entre los progenitores. Manifiesta que el padre no habla con ella.

Este argumento tampoco puede prosperar.

En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 5 de abril, estamos ante afirmaciones imprecisas e inconsistentes. No se concreta ni justifica porqué el pretendido déficit de comunicación se imputa al padre. Como hemos dicho otras veces, no podemos hacer de este requisito un medio para que la ley no alcance su fin. La buena relación de los padres es un deseo, no un presupuesto. El propio Tribunal Supremo ha matizado ya mucho este requisito. Y ello ha sido porque las situaciones de conflicto, a veces, se pueden buscar con fines instrumentales. Baste citar la sentencia del Tribunal Supremo 296/2017, de 12 de mayo, que reproduce su propia doctrina sobre esta materia. El Tribunal Supremo viene a decir que no basta que las relaciones sean malas: hace falta además que los posibles incidentes afecten, de modo directo o indirecto, a los hijos. Solo las discrepancias graves pueden impedir la **custodia compartida**. No es aquí el caso.

Llegados a este punto, agotados ya todos los motivos de oposición esgrimidos por la parte recurrente, tenemos que confirmar la decisión del Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 de establecer un régimen de **custodia compartida**. Sí, consta la aptitud de ambos progenitores para ejercer una maternidad y paternidad comprometidas. Consta también su mutua implicación en el cuidado y desarrollo del hijo, dentro de sendos entornos familiares muy acogedores. Y cuentan los dos con los medios y las capacidades necesarias para superar, en beneficio siempre del menor, los posibles celos que se puedan tener sobre el buen funcionamiento de este tipo de **custodia**.



QUINTO. Costas y depósito.

Dada la naturaleza del asunto, pese a la desestimación del recurso, no se hace especial pronunciamiento en costas (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, declaramos la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por doña Araceli contra la sentencia de 13 de noviembre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 en el procedimiento de guarda y **custodia** 414/2017 y, en consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución.

Segundo . No se imponen las costas en esta alzada y declaramos la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.