



Roj: **STS 2307/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2307**

Id Cendoj: **28079110012022100469**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2022**

Nº de Recurso: **5734/2021**

Nº de Resolución: **437/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Murcia, núm. 9, 15-07-2020 (proc. 693/2018) ,
SAP MU 1246/2021,
STS 2307/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 437/2022

Fecha de sentencia: 31/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5734/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA. SECCIÓN 4.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5734/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 437/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 31 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Paloma , representada por el procurador D. Pedro Abellán Baeza y bajo la dirección letrada de D.^a Isabel Noguera Carrillo, contra la sentencia n.º 523/2021, de 13 de mayo, dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación n.º 1214/2020, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 693/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia. Ha sido parte recurrida D. Florentino , representado por el procurador D. Pablo Jiménez-Cervantes Hernández-Gil y bajo la dirección letrada de D. Francisco Valdés Albistur. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Florentino interpuso demanda de divorcio contencioso y solicitud de medidas respecto del hijo menor frente a D.^a Paloma , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

"la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Florentino y D.^a Paloma celebrado el día 24 de septiembre de 2011, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y aprobando las medidas que en el futuro regularán los efectos del divorcio que se indican a continuación.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiera de forma temeraria a esta pretensión".

En el "otrosí digo primero" solicitó la adopción de medidas provisionales.

2. La demanda fue presentada el 25 de mayo de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia, fue registrada con el n.º 693/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda

4. D.^a Paloma contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dicte sentencia en los siguientes términos:

"1. Acuerde la disolución del vínculo matrimonial por divorcio.

"2. Acuerde las siguientes medidas, relativas a menor:

"- Patria potestad **compartida**.

"- Guarda y **custodia** se atribuye a la madre.

"- Régimen de visitas, el menor podrá estar con el padre los fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 21.00 horas, que deberá ser entregado en el domicilio materno, y vacaciones de Semana Santa y Navidad por mitad, y vacaciones estivales los meses de julio y agosto por semanas, siendo las primeras partes para el padre en los años pares y las segundas los impares.

"El día del padre y el día de la madre el menor estará con cada uno, así como los respectivos cumpleaños de los progenitores; el cumpleaños del menor estará con el progenitor que le corresponda ese día.

"Los progenitores necesitarán consentimiento expreso para viajar con el menor al extranjero.

"- Domicilio familiar: el menor residirá en el domicilio familiar sito en DIRECCION000 , C/ DIRECCION001 nº NUM000 , privativo de la madre.

"- El padre deberá contribuir en concepto de pensión de alimentos en la cuantía de 3.000 €, actualizables según IPC y gastos extraordinarios por mitad, donde se incluirán los gastos académicos (colegio, libros, clases de apoyo, actividades extraescolares...).

"- Pensión compensatoria a favor de la esposa durante 7 años, en la cuantía de 3.000,00 € mensuales.

"- Compensación económica a la esposa, del art. 1.438 del Código Civil en la cuantía de 48.000 € (5 años x 800 € mensuales).

"3. Expresa condena en costas a la parte demandante, por su evidente temeridad y mala fe".

La demandada formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba se dictara en su día sentencia:

"por la que se desestimen las pretensiones de la parte actora y se adopte las siguientes medidas:



"1. Establecimiento de pensión compensatoria por tiempo de 7 años en la cantidad de 3.000,00 euros mensuales, que deberá abonar D. Florentino dentro de los cinco primeros días de cada mes en el número de cuenta que mi representado/a designe al efecto, cantidad que será actualizada conforme al IPC o índice oficial que lo sustituya.

"2. Compensación económica a la esposa, del art. 1.438 del Código Civil en la cuantía de 48.000 € (5 años x 800 € mensuales).

"3. Imposición de costas a la adversa si se opusiere temerariamente a la presente".

5. El Ministerio Fiscal contestó a la reconvencción.

6. D. Florentino también contestó a la demanda reconvenccional formulada de contrario y solicitó se dictara sentencia por la que:

"1. Desestime íntegramente la reconvencción, con expresa condena en costas a la contraparte.

"2. De manera subsidiaria y para el supuesto que se estime cualesquiera de los conceptos indemnizatorios solicitados de contrario, se compense el crédito que ostenta mi representado frente a la parte contraria por la cantidad de CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS DIECIOCHO EUROS CON TREINTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (53.718,38.-€), y todo ello con expresa imposición de costas a la parte contraria para el caso de que se oponga".

7. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia dictó sentencia de fecha 15 de julio de 2020, con el siguiente fallo:

"Que ESTIMANDO parcialmente la demanda principal como estimo la demanda deducida por el Procurador Sr. Pablo Jiménez Cervantes Hernández Gil en nombre y representación de D. Florentino contra Dña. Paloma representada por el Procurador Sr. Pedro José Abellán Baeza DEBO ACORDAR Y ACUERDO la adopción de las siguientes medidas definitivas:

"1º) La disolución del matrimonio formado por D. Florentino y Dña. Paloma por divorcio, con los efectos legales derivados de dicha declaración.

"2º) Siendo la patria potestad **compartida**, se establece un régimen de guarda y **custodia compartida** por semanas del lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada del centro escolar.

"Este régimen de **custodia compartida** se mantendrá durante las vacaciones de navidad y semana santa y fiestas de primavera y en las vacaciones de verano será por quincenas los meses de Julio y Agosto de forma alternativa siendo para el padre las primeras quincenas los años pares y las segundas los años impares.

"No procede la atribución de domicilio familiar contando cada uno de los padres con su domicilio privativo.

"3º) El padre deberá de abonar una pensión de alimentos de 800 euros al mes, para su hijo, y que deberá abonar entre los días uno a cinco de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que los sustituya.

"El abono de la pensión de alimentos lo es, ex lege con efectos conforme al artículo 148 del Código Civil desde la fecha de interposición de la demanda.

"Los gastos extraordinarios se abonarán al 60% por el padre y al 40% por la madre considerándose en todo caso como tales los gastos médicos y farmacéuticos, gafas, prótesis, tratamientos bucodentales, no cubiertos por el sistema público de la seguridad social o seguro privado.

"Ambos progenitores se harán cargo de los gastos en concepto de alimentos en sentido amplio que necesite su hijo cuando estén bajo su **custodia**.

"Igualmente DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda reconvenccional interpuesta por Dña. Paloma contra D. Florentino y en su virtud acordar las siguientes medidas:

"1º) Se establece una pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de Dña. Paloma a abonar por D. Florentino por un importe de 300 euros mensuales y con una duración de 2 años pagadera en 12 mensualidades y en la cuenta que se designe al efecto por la misma, entre los días uno al cinco de cada mes, cantidad que deberá de actualizarse anualmente conforme a las variaciones del IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

"2º) No se reconoce pensión o indemnización del artículo 1438 del Código Civil a favor de la Sra. Paloma .



"No procede expresa condena en costas a ninguna de las partes, ni por la demanda principal ni por la reconvenicional".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D.ª Paloma y D. Florentino .

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que los tramitó con el número de rollo 1214/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 13 de mayo de 2021, con el siguiente fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador, D. Pedro Abellán Baeza, en nombre y representación de Doña Paloma , sin pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales de esta alzada. Dese al depósito constituido el destino legal pertinente al haber sido desestimado el recurso de apelación.

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador, D. Pablo Jiménez Cervantes Hernández Gil, en nombre y representación de D. Florentino , debemos de revocar y revocamos en parte la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de esta capital, en fecha 15 de julio de 2020, en los autos de procedimiento de divorcio contencioso nº 693/2018, en cuanto en la presente se acuerda: D. Florentino deberá satisfacer la pensión de alimentos a favor de su hijo, en la cantidad de 500 €, mensuales, con efectos esta desde la fecha de la presente, debiendo ser ingresada la misma en la cuenta que designe la madre, manteniéndose lo acordado en instancia en cuanto fecha de abono y actualización. En todo lo demás, se mantiene el pronunciamiento de instancia. No hay lugar a un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales de esta alzada devengadas por el recurso de apelación".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D.ª Paloma interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Vulneración del principio de *favor filii* y del artículo 92.5 y 8 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º de la LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero.

"Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la **custodia compartida**".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Paloma contra la sentencia de fecha de 13 de mayo de 2021 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 1214/2020, dimanante del juicio de divorcio n.º 693/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 9 de Murcia".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de 31 de marzo de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de mayo de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso impugna la adopción del sistema de **custodia compartida** establecido en la sentencia recurrida por considerar la recurrente que es contrario al interés del menor y que ha sido establecido sin que concurren los presupuestos legales y jurisprudenciales procedentes para acordar una **custodia compartida**.

A efectos de la resolución del recurso son antecedentes necesarios los siguientes.



1. En el procedimiento de divorcio seguido entre las partes cada una solicitó la guarda exclusiva del hijo común. El juzgado, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, acordó la **custodia compartida** por semanas alternas. El juzgado razonó de la siguiente manera:

"En el presente caso consta en las actuaciones informe de la psicóloga forense Sra. Florencia y que fue ratificado en el acto del Juicio en el que se concluye que: "La Sra. Paloma reúne a nivel emocional y psicológico las capacidades para atender a su hijo, como ha venido realizando hasta la actualidad ya que ha sido la cuidadora principal del menor. En estos momentos muestra equilibrio emocional, habiendo superado la sintomatología depresiva por lo que ha recibido el alta en su CSM, no presentando historial de adicciones. El Sr. Florentino se presenta como una persona que puede realizar y cuidado responsable y afectivo de su hijo, aunque no es capaz de desarrollar una de las funciones fundamentales de los progenitores tras la ruptura, como es favorecer el desarrollo de la relación de los hijos con el otro progenitor, ya que posee una imagen distorsionada de la Sra. Paloma, no considerándola capacitada para ocuparse de Erasmo, mostrando una actitud muy negativa tratando de descalificarla y habiéndola acusado de ser adicta al alcohol. La Sra. Paloma se muestra partidaria de las relaciones paternofiliales ya que las considera necesarias para el menor, habiendo orientado en todo momento al menor hacia su cumplimiento, trasmitiéndole una imagen positiva de su progenitor. Por todo ello se puede considerar que la **custodia** materna es la opción más recomendable en estos momentos".

"En relación con el informe forense en este tipo de procesos el Tribunal Supremo ha reconocido su carácter no vinculante como no podía ser de otro modo y ha establecido que "En la apreciación de los elementos que van a permitir al Juez adoptar la medida de guarda y **custodia compartida** cuando no exista acuerdo de los progenitores tiene una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez pueda pedir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.9 del Código civil. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009. La reforma de 2005 acordó que, con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTs de 10 marzo 2010 y 8 octubre 2009), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE y art. 218.2 LEC), para evitar la arbitrariedad" (STS de 7 de abril de 2011. Rec. 1580/2011).

"La valoración de estos informes debe realizarse de conformidad a la regla de la "sana crítica" determinada en el art. 348 LEC, al ser equiparados a los informes periciales: "El tribunal realiza una correcta valoración de la prueba consistente en los informes de los servicios psicosociales del juzgado, que, al tener categoría de informes periciales, deben ser valorados de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC (STS 660/2011, de 5 octubre) y no son vinculantes para el juez. (STS de 19 de abril de 2012, Rec. 1089/2010) RIP. Si bien en otras resoluciones se precisa que aunque estos informes resulten asimilables a los informes periciales, no son del todo equiparables: "La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete "las reglas de la sana crítica", podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente" (STS de 10 de diciembre de 2012, Rec. 2560/2011)".

"En el presente caso procede el establecimiento de un sistema de guarda y **custodia compartida** por semanas y ello en tanto se considera que es el sistema más adecuado para el menor fomentando la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, evitando el sentimiento de pérdida, no cuestionándose la idoneidad de los progenitores y estimulándose la cooperación de los padres, en beneficio del menor, y ello considerándolo no como un sistema no excepcional y el "sistema más normal" sino que además, este sistema debe considerarse como "incluso deseable" "porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre y que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea tal y como ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2013.

"En el presente caso de la prueba practicada en el acto de la vista no se puede derivar la existencia de alguna causa que impidiera el establecimiento del sistema de guarda y **custodia compartida** tal y como solicita el Ministerio Fiscal, por cuanto se trata de un matrimonio con sus propios domicilios, y en virtud del auto de



medidas provisionales existentes en la actualidad de hecho se está llevando a cabo un sistema de guarda y **custodia compartida** con fines de semana alternos de viernes a lunes más los martes y jueves con pernocta las semanas que los fines de semana el menor no está con el padre y con visitas las semanas que los fines de semana el menor si lo pasa con el padre, no habiéndose aportado elemento probatorio alguno de que ello no haya resultado adecuado para el menor. Consta en las actuaciones informe pericial de parte de la Sra. Natividad , que fue ratificado en el acto del juicio, y en el que no llevó a cabo la exploración de la demandada, pero en donde concluye que "el actor posee habilidades parentales necesarias y suficientes para garantizar el cuidado de su hijo"; igualmente existe informe pericial de parte elaborado por la perito Sra. Palmira que igualmente fue ratificado en el acto del juicio y en el que igualmente sin haberse entrevistado con el padre reconoce las habilidades parentales de la madre".

2. El pronunciamiento del juzgado fue recurrido en apelación por los dos progenitores. El padre invocó como obstáculo para una guarda **compartida** los problemas derivados del alcohol de la madre, sin perjuicio de considerarla adecuada cuando desaparecieran esos problemas. La madre, por su parte, alegó que el informe pericial más completo fue el de la psicóloga forense, que consideró que la **custodia** materna era la opción más favorable en esos momentos.

3. La sentencia de la Audiencia confirmó la sentencia de la primera instancia en el extremo relativo a la guarda y **custodia**.

La Audiencia recoge los siguientes hechos probados:

"En cuanto a los hechos se consideran acreditados los siguientes: (i) se dan por reproducidas las conclusiones del informe de la psicóloga forense nombrada en el procedimiento, Doña Florencia , debiéndose añadir que en dicho informe se alude a las habilidades parentales de ambos progenitores. En cuanto a D. Florentino se indica "la capacidad para el cuidado responsable y afectivo de los demás se muestra dentro de la medida de la población". La perito exploró al hijo menor, Erasmo , nacido el NUM001 /2010, e indica que presenta adaptación general tanto a nivel escolar, social y personal". No mostró el menor manifestación alguna contraria a alguno de los progenitores; (ii) Informe de Psicóloga Palmira , en fecha 30 de mayo 2019, se indica: 1.- D.^a Paloma presenta una buena adaptación social, laboral, familiar y emocional. No presenta, en el momento actual, Trastorno de la Personalidad o de otra naturaleza que indique dificultades de ajuste personal incompatibles con la crianza de su hijo. 2.- No se ha evidenciado en la Sra. Paloma ningún tipo de problemática por abuso de alcohol o de cualquier otra sustancia adictiva. 3.- Presenta buena capacidad para satisfacer las necesidades físico-biológicas, emocionales, sociales y cognitivas de su hijo. Posee un estilo educativo asertivo, basado en un apego seguro, el cual destaca por ser positivo y favorecer íntegramente el desarrollo evolutivo de cualquier menor a su cargo y 4.- En definitiva, D.^a Paloma muestra una buena competencia parental para poder ocuparse de su hijo en cualquier modalidad de **custodia** o régimen de visitas"; (iii) en el informe de Psiquiatra, Nicanor , de fecha 29 de junio de 2020, en el que se analiza de manera exhaustiva diversa documentación y se tienen en consideración otros informes aportados, se indica queda acreditado que Paloma sufrió en el pasado una sintomatología ansioso-depresiva que se considera causada por un estrés grave mantenido (y se sugiere repetidamente que la fuente de estrés era la relación de pareja), es decir, se trataba de un cuadro "reactivo". La documentación examinada también acredita la ausencia de síntomas en el momento de redactar los informes cuando la paciente es dada de alta en su Centro de Salud Mental. Es decir, se consideran sus trastornos "curados". Tampoco quien suscribe detecta trastorno psíquico alguno en el momento actual [...]. No hemos observado ni un solo dato médico objetivo que apunte a un consumo habitual de alcohol. Ni la opinión de los profesionales, ni las exploraciones lo sostienen. Paloma tampoco ha presentado problemas médicos que pudieran derivarse del consumo excesivo de alcohol. Por más que se aluda de forma reiterada a sus problemas con el alcohol, los únicos datos objetivos al respecto son dos alcoholemias. Una del 1 de septiembre de 2017, de 0.87g/l y otra de 1 de abril de 2018 de 1.84g/l" y, finalmente, (iv) en el auto de medidas provisionales de fecha 4 de febrero de 2019 se atribuye la guarda y **custodia** del menor a la madre, con régimen de visitas a favor del progenitor de fines de semana alternos desde viernes a lunes y con pernocta los lunes y miércoles cuyo fin de semana no le corresponda".

La Audiencia, tras exponer la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende aplicable al caso, mantiene el régimen de **custodia compartida** del menor, fijado en instancia e interesado por el Ministerio Fiscal, con apoyo en el siguiente razonamiento:

"Se considera que ambos progenitores tienen las habilidades necesarias para atender los cuidados y atenciones que precisa el menor y que dicho régimen es favorable al interés del menor, ya que de lo manifestado por este al ser explorado por la psicóloga forense no se desprende la existencia de rechazo e inconveniencia para relacionarse con los progenitores. El mismo régimen de visitas señalado en el auto de medidas provisionales, tal como ha venido desarrollándose, con pernocta del menor con el progenitor, y sin que consten incidentes algunos surgidos con ocasión del mismo, es favorable al señalamiento en el momento



actual del régimen de guarda y **custodia compartida**, de ahí que en base a estas circunstancias no se comparta, en coincidencia con el criterio sostenido en instancia, lo afirmado por la psicóloga forense nombrada en el procedimiento, en el sentido de que es más recomendable en los momentos actuales la **custodia** materna, ello, además, teniendo en consideración las tesis sostenida por ambas partes litigantes, en la que se niegan la capacidad del contrario para el cuidado y atención del menor, así como lo afirmado de manera interesada en los informes periciales realizados a instancia de las mismas en cuanto al régimen de guarda y **custodia** en exclusiva en favor de cada una de ellas. El régimen de la guarda y **custodia** fijado no contraviene los criterios señalados en las resoluciones judiciales citadas. Las meras discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor no constituyen obstáculo para el señalamiento del régimen de guarda y **custodia compartida**".

4. La madre interpone recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y fundado en dos motivos.

5. La parte recurrente y el Ministerio Fiscal solicitan la desestimación del recurso de casación y la confirmación del sistema de **custodia compartida** adoptado por la Audiencia.

SEGUNDO.- En el primer motivo la recurrente denuncia la vulneración del principio de *favor filii* y del art. 92.5 y 8 CC por aplicación incorrecta.

En el desarrollo del motivo se alega, en síntesis, que es doctrina de la sala que es necesario que la **custodia compartida** sea pedida al menos por un progenitor (cita la sentencia 400/2016, de 15 de junio) y, en este caso, ninguna de las partes solicitó la guarda y **custodia compartida**, ni siquiera en forma subsidiaria, y que una vez acordada por el juzgado fue motivo de impugnación por ambos progenitores en sus recursos de apelación.

En el motivo se introducen además algunos argumentos sobre la inadecuación de la **custodia compartida** que son reiterados en el motivo segundo, por lo que nos remitimos a lo que digamos sobre ello al resolver el motivo segundo.

El primer motivo va a ser desestimado por lo que explicamos a continuación.

TERCERO.- Es cierto que en las sentencias 229/2012, de 19 de abril, 257/2013, de 29 de abril, 400/2016, de 15 de junio, y 389/2017, de 20 de junio, la sala ha reiterado que para la adopción de la **custodia compartida** es necesario que la solicite uno de los dos progenitores porque se precisa una decisión basada en un plan contradictorio que garantice el éxito de la institución en beneficio de los hijos.

También es verdad que el caso que juzgamos el padre, en su demanda y en la contestación a la demanda reconventional de la madre, solicitó la atribución de la guarda del hijo y se opuso a la atribución de la **custodia** exclusiva a la madre invocando problemas psiquiátricos y de consumo de alcohol de la madre. Esta última, por su parte, como dice en su recurso de casación, también solicitó la atribución de la guarda en exclusiva para ella.

Sin embargo, lo que la recurrente omite es que la razón por la que el Ministerio Fiscal solicitó la **custodia compartida**, tal y como se recoge en la sentencia del juzgado, que valoró de manera determinante esta circunstancia, fue "que hasta el momento el menor ha pasado 14 noches con el padre y 15 o 16 noches al mes con la madre, por semanas de lunes a lunes para evitar conflictos entre los progenitores, manteniéndose el sistema de vacaciones por mitad en navidad y semana santa y en verano en la forma que se está desarrollando fijándose las quincenas en la forma solicitada por la parte demandada". De tal manera que, atendiendo a este dato, la razón por la que el juzgado adoptó la **custodia compartida** (y el criterio fue confirmado por la sentencia ahora recurrida) no se basó en el mero hecho de que la solicitara el fiscal, ni en la bondad abstracta de este sistema de guarda, sino en el dato, según dice literalmente la sentencia del juzgado de que "en la actualidad de hecho se está llevando a cabo un sistema de guarda y **custodia compartida** con fines de semana alternos de viernes a lunes más los martes y jueves con pernocta las semanas que los fines de semana el menor no está con el padre y con visitas las semanas que los fines de semana el menor si lo pasa con el padre, no habiéndose aportado elemento probatorio alguno de que ello no haya resultado adecuado para el menor". La Audiencia, que como ha quedado dicho confirma el criterio del juzgado, también valora cómo se ha venido desarrollando de hecho el régimen fijado en las medidas provisionales, "sin que consten incidentes algunos surgidos con ocasión del mismo".

Debemos partir, por tanto, puesto que este dato no ha sido impugnado por la recurrente de que, a pesar de que el auto de medidas provisionales le atribuyó a la madre la guarda con visitas del padre, de hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una **custodia compartida**, tal como se declara en la sentencia del juzgado confirmada por la de apelación. En consecuencia, el tribunal de apelación contaba con la realidad de cómo se venía desarrollando la guarda y pudo valorar si el sistema de **custodia compartida** era adecuado para el interés del niño, aun cuando no se hubiera acompañado a los escritos de ninguna de las partes un plan para su debate.



A esta razón debemos añadir que la postura procesal del padre no ha sido tan simple como quiere hacer entender la recurrente, pues no solo es que ahora solicite que se mantenga la **custodia compartida**, sino que de hecho, aunque solicitó la **custodia** exclusiva a su favor, en su escrito de apelación, tras reiterar los argumentos esgrimidos en primera instancia para oponerse a la **custodia** de la madre, añadió: "ello sin perjuicio de que una vez que la misma se encuentre en óptimas facultades de atender a las obligaciones de su hijo, pueda optar a un régimen de guarda y **custodia compartida**, sin que al momento se pueda comprender este régimen como el adecuado". En el caso, una vez descartado por la Audiencia el riesgo denunciado por el padre para que la madre asumiera la guarda del niño, el aquietamiento del padre a la sentencia recurrida y su oposición al recurso de casación de la madre corroboran lo expuesto.

Lo anterior debe ponerse en relación con la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la flexibilidad a que debe someterse la aplicación de las normas procesales cuando de lo que se trata es de hacer efectivo el superior interés del menor. Así lo ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia 178/2020, de 14 de diciembre, con cita de otras anteriores, entre las que destaca por lo que aquí interesa la STC 4/2001, de 15 de enero, que rechazó que hubiera incongruencia en la sentencia que, al resolver el recurso de apelación, y en atención a las circunstancias sobrevenidas, y en interés del menor, revocó la sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y **custodia** del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes, dado que el padre se había aquietado a la **custodia** atribuida por el juzgado a la madre y únicamente apeló la cuantía de los alimentos. Esta sala se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 308/2022, de 19 de abril, o la 705/2021, de 19 de octubre, que recuerda cómo "el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril , quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado; STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2), tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad".

Por estas razones debemos concluir que, en el presente caso, y en atención a las circunstancias fácticas expuestas y a la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor, la adopción de la **custodia compartida** no infringe el art. 92 CC ni la doctrina de la sala por el hecho de que en sus escritos iniciales ninguno de los padres la solicitara. El motivo fundamental por el que la sentencia recurrida establece este sistema de guarda respecto del niño atiende al dato de que, a pesar de que en medidas provisionales se atribuyó la guarda a la madre, de hecho, se vino desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores, lo que permitió al tribunal valorar la adecuación del funcionamiento de este sistema para satisfacer de la mejor manera posible, una vez producida la separación de los padres, a la protección del superior interés del menor.

En consecuencia, el primer motivo del recurso se desestima.

CUARTO.- En el segundo motivo la recurrente argumenta que en el caso no se cumplen los criterios jurisprudenciales para establecer una **custodia compartida**: a) En cuanto a la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor porque consta que el padre abandonó el domicilio familiar en el año 2018 dejando el hijo a cargo de la madre, a quien se le atribuyó la **custodia** en el auto de medidas provisionales; añade que la sentencia de la Audiencia recoge que ha sido la principal cuidadora. b) Respecto de la existencia de criterios comunes de los progenitores en relación con el menor, se alega que, desde la atribución de la guarda y **custodia compartida**, se han ido produciendo numerosas controversias entre los progenitores y que solo se comunican por correo electrónico, según consta en la página 8 del informe forense. c) Sobre los deseos del menor, se alega que sus manifestaciones no pueden ser concluyentes, por estar viciadas por la influencia paterna. Hace referencia a la página 12 del informe de la psicóloga forense, en el que se dice que "en el listado de Preferencias Infantiles el menor ha mostrado una opinión totalmente polarizada hacia la figura paterna eligiéndola en todas las opciones, no siendo ésta una respuesta adecuada ni congruente con las manifestaciones vertidas durante la exploración, ... muestra una autoestima negativa". Y también hace referencia a un escrito en el que la recurrente informó al Juzgado de que el menor manifestaba que el padre le hacía decir "cosas feas" de su madre y además las grababa. d) Sobre el respeto mutuo en las relaciones personales entre los progenitores se dice que no se da en este caso, aludiendo a las acusaciones del padre contenidas en su demanda y a que en el informe de la psicóloga forense se recogió que el padre tenía una imagen distorsionada de la madre, no considerándola capacitada para ocuparse del menor, mostrando una actitud muy negativa tratando de descalificarla y habiéndola acusado de ser adicta al alcohol. Y concluye que



todo lo anterior, unido al informe elaborado por la psicóloga forense hace que no pueda considerarse que la guarda **compartida** sea lo más beneficioso para el hijo.

QUINTO.- El segundo motivo, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, va a ser desestimado.

Por lo que se refiere a la insistencia de la recurrente en la necesidad de estar al contenido del informe psicosocial, hay que recordar que, tal y como manifestaron las sentencias de instancia, tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; 135/2017, de 28 de febrero, y 318/2020, de 17 de junio). En definitiva, como advierte la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional.

En el presente caso, la Audiencia ha analizado el informe pericial en su conjunto y en relación con el resto de la prueba y justifica detalladamente y de forma coherente las razones por las que se aparta de sus conclusiones. Ha valorado que los progenitores cuentan con las habilidades necesarias para atender al hijo, que no existe un rechazo del hijo a relacionarse con ambos progenitores y que las discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor que han existido carecen de relevancia. El informe de la perito judicial, pese a considerar que ambos progenitores estaban capacitados para el cuidado del hijo, propuso la **custodia** materna atendiendo principalmente a la consideración de que el padre no favorecía el desarrollo de la relación con la madre, algo que encuentra explicación por sus reticencias hacia la idoneidad de la madre para el cuidado del hijo en atención a los datos objetivos de las dos alcoholemias que la Audiencia da por probadas, aunque también excluya la existencia de problemas médicos relacionados con el alcohol. La Audiencia explica que no comparte las conclusiones del informe porque el amplísimo régimen de visitas desarrollado a partir del auto de medidas provisionales, con pernoctas entre semana, se ha desarrollado normalmente y sin que consten incidentes surgidos con ocasión de este. Esta última circunstancia, unida a la capacidad de ambos padres para el cuidado del hijo en todos los aspectos de su vida, es la que motiva principalmente su decisión.

Por lo demás, la parte recurrente introduce hechos que no son tenidos en cuenta en la sentencia y que ni siquiera están acreditados en el procedimiento. Así, menciona que los progenitores solo se comunican por correo electrónico, cuando este dato solo se recoge en el informe pericial como simple relato de la madre. O la alusión a una posible manipulación del menor por parte del padre, que tampoco se menciona en la sentencia ni se desprende de la pericial.

Por estas razones debemos concluir, de manera coincidente con lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su informe de oposición al recurso que, partiendo del respeto a los hechos declarados probados, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, y no de forma irracional, aparente o estereotipada, la conveniencia del sistema de guarda y **custodia compartida**.

En consecuencia, el motivo segundo del recurso de casación se desestima.

SEXTO.- Dada la desestimación del recurso de casación se imponen las costas de dicho recurso a la parte recurrente.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Paloma contra la sentencia de fecha de 13 de mayo de 2021 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 1214/2020, dimanante del juicio de divorcio n.º 693/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 9 de Murcia.

2.º- Imponer a la parte recurrente las costas de su recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.