

Roj: STS 258/2015 - ECLI:ES:TS:2015:258
Id Cendoj: 28079110012015100034

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2827/2013

Nº de Resolución: 52/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas definitivas nº 55/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santander; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Apolonio , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales doña Isabel Soberón García de Enterría; siendo parte recurrida doña Rosario , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Esperanza Aparicio Florez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Miguel Angel Bolado Garmilla, en nombre y representación de don Apolonio , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas contra doña Rosario y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que se determine como efectos derivados de la misma los siguientes:

1) Atribuir la guarda y **custodia** del menor al padre sin perjuicio de la patria potestad compartida.

2) Establecer el siguiente régimen de visitas entre madre e hijo: fines de semanas alternos que comprenderán desde la mañana del sábado, o en su caso si el horario de la madre lo permite desde la salida del colegio los viernes hasta el lunes a la hora de comenzar el colegio, debiendo la madre reintegrar al menor al centro escolar. Los martes y los jueves si el horario de la madre lo permite pueda estar con el menor hasta las 20,30 horas, en los meses que la madre no tenga horas lectivas por la tarde (junio y septiembre), desde la hora de salida del colegio hasta las 20:30 horas. La mitad de las vacaciones escolares del menor siendo la primera mitad de las vacaciones en los años impares, y la segunda en los pares, así como el día del cumpleaños de la madre, y día de la madre. Procede señalar, asimismo, que la madre deberá recoger y entregar al menor en el domicilio paterno o en el Centro Escolar, según proceda, y que en los periodos de vacaciones quedará en suspenso el régimen de visitas ordinario.

3) Atribuir el uso de la vivienda familiar y de su correspondiente ajuar, salvo las pertenencias del menor a Doña Rosario hasta la liquidación efectiva de lo gananciales.

4) Fijar como contribución a los alimentos del menor una pensión por la cantidad de 250,00 euros, a satisfacer por Doña Rosario , por meses adelantados, dentro de sus cinco primeros días, y a ingresar en la cuenta de Don Apolonio . Dicha cantidad deberá actualizarse anualmente, cada mes de enero, a partir del año 2013, conforme al Índice Oficial de Precios al Consumo para el conjunto del Estado.

Contribuir a los gastos extraordinarios del menor con el 50 % de los misma entendiendo por gastos extraordinarios, los médicos no cubiertos por la Seguridad Social, así como las clases de apoyo necesarias para el desarrollo del menor, siempre que el tutor del colegio lo considere necesario y los que sean acordados por ambos progenitores.

Con imposición de costas a la demandada si se opusiera las medidas.

Y subsidiariamente se acuerde la **custodia** compartida por ambos progenitores consistente en:

1) Fines de semanas alternos que comprenderán desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes a la hora de comenzar el colegio. Entre semana mi mandante recogerá al menor a la salida del centro escolar, y este pernoctará los martes y jueves en el domicilio del padre. Los lunes y miércoles, la madre recogerá al menor a la salida de su trabajo en el domicilio paterno, y este pernoctará en el domicilio de doña Rosario . La mitad de las vacaciones escolares del menor correspondiendo al padre las primeras mitades en los años pares, y las segundas en los impares, así como el día del cumpleaños de los progenitores

3) Proceder la no atribución de la vivienda familiar y de su correspondiente ajuar

4) Los gastos del menor serán sufragados al 50 % por ambos progenitores, tanto los ordinarios, de colegio material escolar, excursiones del colegio y los extraordinarios, salvo los de alimentación y vestido que serán abonados por el progenitor con el que resida en ese momento.

Todo ello con imposición de costas a la demandada, si se opusiera.

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

2.- La procuradora doña Ana Saez Bereciartu, en nombre y representación de don doña Rosario , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime la demanda acordando mantener las medidas fijadas en el procedimiento de divorcio.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y practica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santander, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue **FALLO**:

Que estimando parcialmente la demanda deducida por el Procurador Sr. Bolado, en nombre y representación de D. Apolonio , contra Dña. Rosario , debo modificar y modifico las medidas definitivas en el sentido siguiente:

1.- Se reconoce al padre el derecho a estar con su hijo y tenerle en su compañía en la forma siguiente: en lo términos señalados en la sentencia de divorcio de fecha 25 de enero de 2010, añadiéndose los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas.

En cuanto a las costas, no se hace especial pronunciamiento sobre las mismas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Apolonio . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria, dictó sentencia con fecha 20 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**:

1) Estimar el recurso de apelación.

*2) Revocar la sentencia de instancia para: A) modificando el régimen de **custodia** allí establecido, posibilitar que el hijo común de los litigantes pernocte además una noche entre semana en la casa de D. Apolonio , noche que, a falta de acuerdo entre ellos será la inmediatamente anterior al fin de semana que Tomás deba estar con él, y retrasar hasta las 21:30 horas el momento de su recogida en los demás días para que duerma en la vivienda atribuida a Doña Rosario ; B) reducir el importe de la contribución a los alimentos del menor, fijándolo a partir de la fecha de esta sentencia de apelación en 400 euros mensuales, en las mismas condiciones de pago y revisión que estaban establecidas. Se confirma la resolución recurrida en todo lo demás.*

3) No imponer las costas de este recurso a ninguno de los litigantes.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Apolonio con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Infracción del artículo 92.5 , 6 y 7 del Código Civil , en la interpretación del Tribunal Supremo sobre que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y **custodia** compartida, hay que acordar esta medida por cuanto es la mejor manera de proteger al menor (Sentencia 2246/2013 de 21 de abril de 2013). **SEGUNDO.-** Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2. 3º de la LEC por infracción del artículo 92 del Código Civil , al considerar que el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor, y el pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas y arbitrarias (SSTS de 22 de julio de 2011 RC 313/2009 y STS de 21 de Julio de 2011 RC 338/2009).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 9 de septiembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Esperanza Aparicio Florez, en nombre y representación de doña Rosario , presentó escrito de impugnación al mismo.

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

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de enero de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula recurso de casación por infracción del artículo 92 del Código Civil . Considera el recurrente que la sentencia ha aplicado de manera incorrecta el principio de protección del interés del menor y se ha vulnerado la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y **custodia** compartida (negada en ambas instancias, aunque con ampliación en una y en otra del régimen de visitas en favor del padre, ahora recurrente) establecida en la sentencia de 29 de abril de 2013 . El hijo al que se refiere la medida, Tomás , tiene de 12 años de edad en la actualidad.

La sentencia recurrida cita las SSTS del 19 de julio de 2013 (procedente de la misma Audiencia), y de 29 de abril de 2013 , que establecen los criterios de aplicación.

Se niega la **custodia** con dos argumentos:

En primer lugar porque la propuesta de **custodia** que el apelante califica de compartida *"no es tal, pues no se trata de una distribución homogénea entre los litigantes de los tiempos de relación con el hijo común, que posibilite la máxima relación de éste con sus progenitores; por el contrario, se acerca más a una situación de **custodia** exclusiva por D. Apolonio con visitas por D^a Rosario , lo que no se corresponde ni con las indicaciones del Equipo Psicosocial ni con las preferencias del menor"*.

En segundo lugar, porque, no obstante lo anterior, aun considerando que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y **custodia** del menor y muestran un alto interés por su bienestar, la disponibilidad horaria de cada uno de ellos, y la conveniencia de normalizar las relaciones entre el padre y el hijo, y de éste con su media hermana (hija de la actual relación sentimental del padre), no limitándolas a encuentros vespertinos o de fines de semana alternos, lo único que procede acordar es una simple modificación del régimen de **custodia** instaurado en la sentencia recurrida *" para que, salvo en los indiscutidos periodos de vacaciones escolares y Días del Padre y de su cumpleaños, el niño pernocte además una noche entre semana en la casa de D. Apolonio , noche que, a falta de acuerdo entre ellos será la inmediatamente anterior al fin de semana que Tomás deba estar con él, además de retrasar hasta las 21:30 horas el momento de su recogida en los demás días y para que duerma en la vivienda atribuida a D^a Rosario "*.

SEGUNDO.- El recurso, que apoya el Ministerio Fiscal, se estima.

La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y **custodia** compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"; doctrina que se reitera en las SSTS 25 de abril , 30 de octubre y 18 de noviembre 2014 , entre otras.

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

Pues bien, los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen. Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se debe extraer de esta conclusión, más que el beneficio que va a experimentar el hijo manteniéndose bajo la **custodia** de su madre, es el beneficio que va a representar la **custodia** compartida. No existe ningún dato que permita ratificar las conclusiones a las que llega la sentencia, posiblemente influenciada por una inicial petición de guarda y **custodia** exclusiva a cargo del padre, y de un sistema que no acaba de aceptarse y que con frecuencia se ignora; un sistema - STS 15 de octubre 2014 - que permite a cualquiera de los padres no solo interesar esta forma de guarda, bajo el principio de contradicción, sino que le exige concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos (una vez producida la crisis de la pareja), lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y **custodia**, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los hijos y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores, el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales.

En el caso, y con independencia de que la sentencia recurrida poco diga de todo lo anteriormente expuesto, es lo cierto que ambos progenitores cuentan con capacidad suficiente para atender al hijo de manera adecuada y que la resolución que ahora se recurre impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del esposo (el menor pernoctará, dependiendo del mes, no menos de diez noches en el domicilio del padre y este le recogerá del colegio no menos de veinte días de un total de 24 posibles, como recuerda la recurrente) que sorprende que no se adoptara la **custodia** compartida puesto que el cambio para el menor sería mínimo y sin duda más beneficioso desde la idea, además, de que va a servir para normalizar sus relaciones con la hija de su padre, habida de una nueva relación sentimental.

TERCERO.- Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y **custodia** compartida sobre el menor, con lo que - STS 25 de noviembre 2013 - :

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Se establece por semanas alternas. El intercambio del menor se verificará los lunes, de modo que el que tenga al menor lo dejará en el centro escolar en el horario de inicio de la jornada escolar, y el otro lo recogerá a la salida de clase ese día.

Si un lunes fuese festivo, o no hubiera colegio por cualquier causa, el intercambio se verificará en el domicilio del progenitor que no tenga consigo al hijo, y que le corresponda iniciar el periodo semanal, a las 12'00 horas, siendo llevado y entregado por el progenitor que tiene consigo al menor hasta dicho momento.

Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre.

Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso, que han podido cambiar después de la presentación de la demanda, ambas partes, si no hubiera acuerdo, deberán acudir al tramite de modificación de medidas para la determinación de los alimentos y, en su caso, de la vivienda familiar, afectadas por el nuevo sistema de guarda y **custodia** acordado.

CUARTO.- No se imponen las costas del recurso de casación. Tampoco de las originadas por el recurso de apelación ni de la Primera Instancia, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Apolonio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria - Sección 2ª-, de 20 de septiembre 2013 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida y se acuerda la guarda y **custodia** compartida del hijo común del matrimonio, Tomás , en la forma que se establece en el Fundamento Jurídico Segundo de esta Sentencia.

3º En trámite de modificación de medidas, a falta de acuerdo, se establecerá en lo pertinente sobre los alimentos del menor, y se resolverá, en su caso, sobre la vivienda familiar.

4º Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcionalísima sino que, al contrario, habrá de considerarse

normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

5º No se imponen las costas del recurso de casación ni de las originadas por el recurso de apelación ni de la 1ª instancia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz . Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.