

Roj: STS 2736/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2736
Id Cendoj: 28079110012015100334

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 469/2014

Nº de Resolución: 390/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas nº 521/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Dionisio , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Asunción Sánchez González; siendo parte recurrida doña Asunción , representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Fernández Salagre. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Francisco José Martínez Guerrero, en nombre y representación de don Dionisio , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas provisionales, contra doña Asunción y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que con adopción de las medidas señaladas en los ordinales que anteceden, en concreto:

1º.- Patria Potestad y **Custodia** Compartida y Conjunta de la menor Esmeralda a favor de ambos progenitores, por lo que todas las decisiones relevantes con respecto a la menor deberán ser tomadas por consentimiento expreso de los mismos. En caso de desacuerdo se acudiría a un centro de mediación familiar dependiente de instituciones públicas antes que acudir a un juzgado, como viene recomendando la Comisión Europea.

2º.- En cuanto a la fórmula a adoptar para la concreción del régimen de **custodia** compartida, consideramos que el más beneficioso para la menor, ya que es el que supondría una adaptación rápida de la menor al mismo, habida cuenta la semejanza en las alternancias, con el régimen de visitas que en la actualidad tiene recogido el padre a su favor, sería el siguiente:

2.1.- La menor permanecerá con cada progenitor en semanas alternas, desde el lunes a la salida del colegio (desde las 12:00 h si fuera festivo) hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12:00 h si fuera festivo), salvo los miércoles desde la salida del colegio (desde las 12:00 h si fuera festivo) hasta los jueves a la entrada del colegio a las 12:00 h si fuera festivo), que estaría con el otro progenitor.

Será tarea del progenitor al que le corresponda la semana de estancia con la menor, recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y la llevará al colegio o la casa al terminar su semana de estancia con Esmeralda .

El resto de reparto en periodos no ordinarios será como sigue en ambos casos, correspondiendo al padre la primera mitad de cada periodo, en los años pares, y la segunda mitad en los años impares. y viceversa a la madre:

2.2.- En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda el con ella hasta el miércoles a las 18:00 en que Esmeralda pasará a estar con el otro hasta el domingo de Resurrección.

2.3.- En verano, se repartirán los periodos vacacionales por quincenas, siendo que la primera sería del 1 al 15 de julio; la segunda del 16 al 31 de julio; la tercera del 1 al 15 de agosto y la cuarta del 16 al 31 de agosto. Las recogidas de la menor se realizarán a las 12,00 horas del día comienzo de las quincenas y las entregas a las 18,00 horas del día de la finalización de las quincenas.

Se acordará que el fin de semana previo al primer periodo vacacional quincenal, la menor permanecerá con el progenitor al que le corresponda la segunda quincena.

El padre elegirá dichos periodos en los años pares y la madre en los impares.

2.4.- Feria de Sevilla dividiendo en dos periodos. el primero, desde el último día de clase antes de las vacaciones escolares a la salida del colegio. hasta el Viernes de Feria a las 4:00 horas.

Segundo periodo, desde el Viernes de Feria a las 14:00 horas, hasta el lunes después de la Feria, a la entrada en el colegio. Esmeralda permanecerá con el progenitor que no le corresponda dicha semana. durante el primer periodo y el segundo periodo con el progenitor que le corresponda dicha semana. En los años sucesivos, se realizará el reparto a la inversa.

2.5.- En Navidad Esmeralda estará con el padre los años pares la primera mitad que va desde el comienzo de las vacaciones escolares oficiales, hasta las 18:00 del 31 de diciembre, en que la menor pasará a estar con su madre hasta el día de reintegro al centro escolar. Los años impares será a la inversa.

2.6.- Durante los puentes o fines de semana largos en que lunes sea fiesta, la hija con el progenitor a quien corresponda tenerla el fin de semana más cercano.

Caso de que por enfermedad o cualquier otra circunstancia acreditada profesionalmente ambos progenitores tuvieran o se vieran obligados a cambiar este sistema, se volvería a la normalidad una vez desaparecida la eventualidad.

Para cualquier disputa o conflicto sobre estas medidas, ambas partes se someterían a mediación familiar dependiente de instituciones públicas, antes de acudir a un juzgado.

En todo caso y de forma general, ambos progenitores, deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y **custodia** de su hija.

De forma subsidiaria, para el improbable supuesto que no se accediera a lo solicitado en los dos primeros ordinales referidos en definitiva el sistema de **custodia** compartida de forma subsidiaria se acuerde lo disminución de la pensión por alimentos en cuantía recogida en el ordinal Décimo Cuarto del cuerpo de este escrito en la cantidad de 400 euros mensuales pagaderas por mensualidades anticipadas en doce mensualidades al año entre los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la sra Asunción señale, siendo actualizable anualmente a principios de cada año, conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que los sustituyera.

Todo ello con expresa condena en costas a la contra parte en caso de oposición a lo solicitado en el presente escrito.

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

2.- La procuradora doña Lucía Suárez Barcenas Palazuelo, en nombre y representación de doña Asunción , 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 totalmente la demanda de modificación de medidas solicitada, estableciendo que las medidas reguladoras son las mismas medidas que las establecidas en el Convenio regulador de fecha 1 de abril de 2011, aprobado en la Sentencia de Divorcio de fecha 12 de mayo de 2011 dictada en los autos 432/2011 del Juzgado al que nos dirigimos, con expresa imposición en costas al actor.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, dictó sentencia con fecha siete de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Debo desestimar la solicitud de modificación de medidas presentada por el procurador de los Tribunales Sr. Martínez Guerrero, en nombre y representación de don Dionisio .

Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación del presente juicio.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Dionisio . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha cinco de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que desestimando el recurso de apelación confirmamos la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de don Dionisio con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** a) Infracción del art. 216, en relación con el art. 218.1, ambos de la LEC , que regula la exhaustividad y congruencia de las sentencias. b) Infracción del artículo 217 LEC 1/200, que regula la carga de la prueba. La sentencia vulnera este artículo por cuanto no ha valorado el hecho de que a esta parte se le impidió aportar pruebas, y las aportadas abundante documental económica como social de la familia, o dossier parental le fueron o simplemente denegadas o simplemente ni siquiera han sido objeto de estudio o valoración. c) Infracción del art. 218.2. LEC , que regula la falta de motivación fáctica y jurídica en las sentencias. **SEGUNDO.-** Infracción de los artículos 238.3 . y 240.1. de la LOPJ , en relación con el art. 247 de la LEC , respecto de las reglas de la buena fe procesal. **TERCERO.-** Infracción del art. 24 de la Constitución por la vulneración de los siguientes principios: 1.- El principio de inmediación: no se ha podido exponer de forma directa pruebas relevantes en defensa del interés superior de la menor, ni la situación de crisis económica del padre. 2.- El principio de proporcionalidad, no puede existir proporcionalidad en la sentencia cuanto no se ha permitido conocer cuales son los ingresos de la madre. 3.- Arbitrariedad del equipo psicossocial pues ambos progenitores están capacitados para ejercer la **custodia** de a menor. 4.- Vulneración del derecho a la tutela Judicial, por la denegación de la práctica de las pruebas, y por la inadmisión de hechos nuevos. Se denuncia también la infracción del art. 14 de la CE por discriminación. Infracción del art. 32.1 C.E sobre el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; Infracción del art. 33.3 CE en cuanto al carácter confiscatorio y despatrimonializador de la pensión.

El recurso de casación se desarrolla en tres apartados:

PRIMERO.- infracción del art. 92 del Código Civil , al amparo de lo establecido en el art. 477.2 , 3 de la LEC , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución , y el art. 2 de a Ley 1/1996 de Protección del Menor , ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina el Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia** compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de julio de 2011, 25 de mayo de 2012 . 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 , 19 , 25 y 29 de noviembre de 2013 , ente otras muchas. Mantiene el recurrente que la petición principal que ha formulado es la **custodia** compartida de su hija, y la sentencia recurrida concede la **custodia** exclusivamente a cargo de la madre, cuando el equipo psicossocial dice que ambos progenitores están capacitados para el cuidado de Esmeralda ; denuncia además que se vulneran todos los artículos citados en cuanto la menor tiene derecho a ser cuidada de forma compartida por ambos progenitores en un sistema que garantice su estabilidad emocional.

SEGUNDO.- Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, y vulnera también la doctrina de la Sala más reciente sobre la **custodia** compartida, entre otras cita la sentencia de 25 de noviembre de 2013, que recoge un supuesto similar al que se trata en el presente caso. Manifiesta también e! recurrente que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio, se comenta que las sentencias de la Sala son la inspiración del modelo que va a seguir la futura ley, se regula la guarda y **custodia** compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor.

TERCERO. - En atención a las normas con menos de cinco años de vigencia, plantea en relación a la **custodia** compartida que el art. 92 de CC que se denuncia como infringido y sobre el que existe contradicción en su interpretación entre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, lo que da lugar a una gran incertidumbre. Denuncia el recurrente que tras la aprobación de leyes autonómicas se produce un trato desigual a los niños cuyos progenitores se separan o se divorcian según su lugar de nacimiento como son: Comunidad Valenciana, Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los Hijos y de las Hijas, y la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Aragón.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 4 de noviembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Jesús Fernández Salegre, en nombre y representación de doña Asunción , presento escrito de impugnación al mismo.

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

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se formula contra el pronunciamiento de la sentencia que desestima la demanda de modificación de medidas que don Dionisio había interesado en su demanda, en lo que se refiere a la guarda y **custodia** compartida. Dichas medidas habían sido adoptadas en la sentencia de 12 de mayo de 2011 en la que se aprobó el convenio suscrito por los litigantes de 1 de abril de 2011, estableciendo que esposa quedaba bajo la guarda y **custodia** de la hija, recogiendo un pormenorizado régimen de visitas a su favor. Se le niega la guarda y **custodia** compartida, según la Audiencia, porque " *la demanda se presenta el 20 de abril de 2012, sin que haya transcurrido un año desde la sentencia, lo cual es correcto, pero se debe para que sea viable una modificación a lo querido y aceptado por las partes en tan breve espacio de tiempo, justificar de forma clara y contundente la existencia de hechos que no se pudieron prever cuando se aceptó el convenio, y que obligan a modificar lo pactado, pues las medidas máxime cuando son como este caso las que aceptaron las partes, se adoptaron teniendo o previendo que se deben aplicar hacia el futuro y atendiendo a todas las circunstancias previsibles que se produzcan tras la aprobación del convenio; las medidas tienen vocación de futuro y solo hechos que no pudieron preverse y de entidad justifican que se puedan modificar las declaraciones recogidas en una sentencia firme, pues así lo exige la cosa juzgada y la seguridad jurídica; y si esto es exigible a todas las medidas, mas si cabe a las que afectan a la estabilidad emocional de los hijos, relativas a quien ostenta la guarda y **custodia**, pues cuando se acuerda la medida sobre esta importante función, lo es tras evaluar y analizar los progenitores, atendiendo a las concretas circunstancias, que es lo mejor para el menor, en el momento en que se recogen en el convenio y con posterioridad; si se acepta un convenio, se aceptan sus consecuencias no pudiendo revisar lo que se firmó, sin que exista un motivo objetivo e imprevisible y que pueda afectar al interés de los menor; en este caso no existe ningún motivo objetivo para modificar la situación sobre la guarda y **custodia** que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores y por tanto se debe mantener pues en el convenio se podría haber previsto esa posibilidad de la guarda y **custodia** compartida en el futuro, y nada se recogió y para la decisión de atribuir la guarda y **custodia** a la madre, se debió tener en cuenta todas las circunstancias y en concreto la actividad laboral de los progenitores, y en base a todo ello se asumió esa medida, que se debe mantener".*

Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación

El Ministerio Fiscal apoya los recursos interpuestos solicitando su estimación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. En el primero se citan como infringidos los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias, ya que no se ha valorado en interés de la menor, basándose exclusivamente en un hecho, como es el que no ha pasado tiempo suficiente desde que se firmó el primer convenio, como para que haya cambio de circunstancias, y porque no ha tenido en cuenta todos los hechos, pruebas y pretensiones. También cita los artículos 217 y el 218.2 de la misma Ley , sobre carga de la prueba, motivación y porque la sentencia no ha sido congruente con la demanda y las pretensiones solicitadas, especialmente sobre el dossier parental que aportó en cuanto a la idoneidad del padre para ejercer la **custodia** compartida, educación y cuidado de la hija.

En el segundo, la infracción versa sobre las reglas de la buena fe procesal. En su argumentación se formulan varios interrogantes sobre el conocimiento de los saldos e ingresos de la madre, pruebas en ambas instancias, no señalamiento para deliberación y fallo y valoración de los informes sobre idoneidad del padre para el cuidado de la hija. Finalmente en el tercero se citan los artículos 24, 14 y 32 de la CE , relacionados con la situación personal de la niña y proporcionalidad de los alimentos.

Todos ellos se desestiman.

1. La sentencia valora el interés del menor, otra cosa es como la hace, lo que se verá al examinar el recurso de casación. Lo hace para negar que este interés sea distinto del que ambas partes tuvieron en cuenta

en el convenio regulador, aprobado judicialmente, en el que dejaron a la niña bajo la **custodia** y guarda de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre.

2. La sentencia no hace uso del artículo 217 de la LEC para imputar al recurrente las consecuencias negativas de una ausencia de prueba sobre unos determinados hechos sobre discriminación por razón de sexo alegados en la demanda, en la vista y en la apelación, evaluación del equipo psicosocial y aportación de pruebas sobre la situación económica de la madre, pudiendo haberlas obtenido fácilmente mediante la averiguación patrimonial que si hicieron al padre. La vulneración de este precepto se produce únicamente en los supuestos en que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte), se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad, lo que no sucede en este caso.

3. Es doctrina de esta Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada. Exigencia de motivación que aspira a hacer patente el sometimiento del Juez a la ley o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico, y a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial, a la par que facilita el control de la sentencia por los Tribunales superiores, operando, por lo tanto, como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad (SSTC 32/96 , que cita las SSTC 159/89 , 109/92 , 22/94 y 28/94 ; y también STS 20-3-97), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo (SSTC 28/94 , 153/95 y 32/96 ; STS 20-3-97 , que cita las anteriores). Asimismo esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenidos en la parte dispositiva (aparte de otras, STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (entre otras, SSTC 30 de abril de 1991 , 7 de marzo de 1992 y 1 de febrero de 2006). De igual manera es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que no están faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano "a quo", cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito (SSTC 174/87 , 24/96 y 115/96).

4. La sentencia permite conocer tanto a la parte que ahora recurre como a este Tribunal las razones por las que ha sido desestimada su pretensión sobre guarda y **custodia** compartida.

5. No corresponde a esta Sala dar respuesta a los distintos interrogantes que plantea el recurrente. Es a el a quien ella corresponde señalar como y de que forma han sido vulneradas en la sentencia las reglas de la buena fe.

6. No se indican que normas del procedimiento han sido infringidas, ni si, en su caso, se han hecho valer mediante los recursos correspondientes que pudieran ejercitarse.

RECURSO DE CASACION.

TERCERO.- El recurso de casación se justifica por concurrencia de interés casacional, y se desarrolla a partir de los siguientes puntos: a) infracciones legales; b) jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) normas con menos de cinco años de vigencia. Conviene señalar que el suplico del recurso interesa la casación de la sentencia para que se acuerde la guarda y **custodia** compartida de la hija menor; se establezca una pensión de alimentos acorde con la realidad familiar y que se recuerde a todos los operadores jurídicos que la doctrina que se fije es de obligado cumplimiento para los juzgados de familia y Audiencias provinciales de todo el país, salvo a los que tienen derecho foral o autonómico propio.

A pesar de esta aparente mezcla de cuestiones, lo que realmente se plantea es la atribución de la guarda y **custodia** compartida sustituyendo el régimen de guarda y comunicaciones que venía establecido en la sentencia anterior. Con esta finalidad cita como infringidos los artículos 92 , 68 , 97 del Código Civil ; artículos 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 ; artículos 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; artículo 120.3 de la Constitución Española y artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de derechos Humanos . Cita también algunos artículos que no son propios de este recurso, sino del extraordinario por infracción procesal, como los artículos 286 y 751 de la LEC ; otros que tampoco están en el enunciado del motivo, como los artículos 1 y 14 CE , sin que nada se argumente sobre el artículo 97, sobre pensión compensatoria.

Todo el esfuerzo argumental viene referido tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial a la guarda y **custodia** compartida, con invocación, además, de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que justifica con citas tanto de sentencias de distintas Audiencias como de esta propia Sala, que están en contradicción con la que se recurre, y que, por razones obvias, estas últimas serán las que se tendrán en cuenta.

El recurso, en lo que respecta a lo que se expone, se va a estimar.

La sentencia de 29 de abril de 2013 declara 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 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".

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, definen ni determinan, 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".

Pues bien, lo que la sentencia dice es que ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación " *que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores* ". Nada más dice. Nada dice que el padre es "buen padre de familia", como señala el juzgado en la sentencia que ratifica la Audiencia, circunstancia que no se niega ni se discute, y nada argumenta tampoco sobre la evolución natural de la menor desde que el convenio se aprueba hasta ahora especialmente referida a un momento importante como es para la niña el del inicio de su etapa escolar, y la menor dependencia de sus padres.

La sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de **custodia** distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de **custodia** ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Una cosa es que al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraran que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades de la niña, y otra distinta que el simple transcurso del tiempo, dice la sentencia, apelando a la cosa juzgada y a la seguridad jurídica, no tenga entidad suficiente para modificar un status que, hasta el presente, ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado de la niña, y que podría verse afectada negativamente por el régimen de alternancia que postula el apelante, por más que el mismo ofrezca, al menos en teoría, las aptitudes necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, ignorando que en la actualidad el régimen de estancias es muy amplio y flexible ya que, como reconoce la esposa, la menor está con el padre todos los miércoles hasta el jueves, además de los lunes alternos, los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes, y la mitad de las vacaciones. Una semana, dice, "la menor ve al padre y está con el padre el lunes, el miércoles hasta el jueves y viernes hasta el lunes. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo).Luego la semana siguiente, la lleva el lunes al colegio, y la recoge el miércoles hasta el jueves. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles y jueves)".

La sentencia no concreta el interés de la menor, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración. La sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

En primer lugar - STS 18-11-2014 -, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la **custodia** de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013 .

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".

En tercer lugar, la rutina en los hábitos de la niña que resultan del régimen impuesto en el convenio regulador no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable.

Por consiguiente, la valoración del interés de la menor Esmeralda no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

QUINTO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia. Asumiendo la instancia, se estima la demanda y se acuerda el sistema de guarda y **custodia** compartida en relación la hija de los litigantes que, a falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, se determina sea por periodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12 en ambos casos si fuera festivo). Será tarea del progenitor al que corresponda la semana de estancia con la menor recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y la llevará al colegio o la casa al terminar la estancia.

En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda estar con ella hasta el miércoles a las 18 horas, en que pasará a estar con el otro hasta el domingo de resurrección.

En verano se repartirán los periodos vacacionales por mitad, eligiendo el padre dichos periodos en los años pares y la madre los impares.

En Navidad, Esmeralda estará con el padre los años pares la primera mitad que va desde el comienzo de las vacaciones escolares oficiales, hasta las 18 horas del 31 de diciembre, en que pasará a estar con su madre hasta el día de reintegro al centro escolar.

Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y **custodia** de la hija y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, siendo responsabilidad de ambos colaborar con el otro ante cualquier contingencia, como enfermedad, asistencia sanitaria, etc.

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

SEXTO.- Por lo que se refiere a los alimentos, el recurrente solicita pagar doscientos euros al mes; cifra insuficiente. Lo pactado en el convenio fueron mil cincuenta euros, además de otras prestaciones económicas. En principio el régimen de guarda y **custodia** comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - artículo 93 CC - especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la **custodia** del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Abonará también el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de Tablada,

si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios.

SÉPTIMO.- Se imponen a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las del recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1, que se remite al artículo 394, ambos de la LEC . Tampoco se hace especial pronunciamiento de las causadas en ambas instancias.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación formulado por don Dionisio , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha de 5 de diciembre de 2013 , cuya resolución anulamos en parte.

2º.- Con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla en fecha de 7 de noviembre de 2012 , estimamos en parte la demanda deducida por el ahora recurrente contra D^a Asunción , sobre guarda y **custodia**.

3º.- Se acuerda el sistema de guarda y **custodia** compartida en relación a la hija de los litigantes, y que, a falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, se establece que sea por periodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12 en ambos casos si fuera festivo). Será tarea del progenitor al que corresponda la semana de estancia con la menor recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y la llevará al colegio o la casa al terminar la estancia.

En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda estar con ella hasta el miércoles a las 18 horas, en que pasará a estar con el otro hasta el domingo de resurrección.

En verano se repartirán los periodos vacacionales por mitad, eligiendo el padre dichos periodos en los años pares y la madre los impares.

En Navidad, Esmeralda estará con el padre los años pares la primera mitad que va desde el comienzo de las vacaciones escolares oficiales, hasta las 18 horas del 31 de diciembre, en que pasará a estar con su madre hasta el día de reintegro al centro escolar.

Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y **custodia** de la hija y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, siendo responsabilidad de ambos colaborar con el otro ante cualquier contingencia, como enfermedad, asistencia sanitaria, etc.

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

4º.- Don Dionisio abonará en concepto de alimentos de la hija la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Deberá abonar además el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de Tablada, sin se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios.

5º.- La sentencia se mantiene en todo lo demás.

6º.- Se reitera como doctrina 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 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".



7º.- Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente y no se hace especial declaración de las del recurso de casación.

8º.- No se imponen las costas de ninguna de las instancias.

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 Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado. 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ