

Roj: STS 149/2016 - ECLI:ES:TS:2016:149  
Id Cendoj: 28079110012016100008  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2205/2014  
Nº de Resolución: 9/2016  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil dieciséis.

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 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 141/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuengirola, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Nicolas , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Miguel López Sánchez; siendo parte recurrida doña Belen , representada por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds Ramírez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Elena Auriol Rodríguez, en nombre y representación de don Nicolas , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Belen y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1º.- Estimado la presente demanda, decrete la disolución del matrimonio formado por Don Nicolas y Doña Belen , con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

2º.- Atribución de la guarda y custodia del menor Romeo al padre.

Subsidiariamente y en el caso que no le fuese concedida la guarda y custodia a favor de mi representado, solicitamos se fije una guarda y custodia compartida por periodos mensuales, alternando los padres en el domicilio familiar, hasta tanto se produzca la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

3º.- Atribución del uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 nº. NUM000 , Portal NUM001 , NUM001 - NUM000 , Mijas-Costa al hijo del matrimonio y al padre.

4º.- Fijación de pensión de alimentos a favor del hijo del matrimonio de doscientos cincuenta euros mensuales (250 #), con cargo a la madre y actualizada con efectos de 10 de enero de cada año, con arreglo al Porcentaje de variación experimentada por el índice general de precios al Consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya, la cual ingresará en la cuenta que por mi representado se designe.

Contribuirá igualmente con el 50% de los gastos extraordinarios que la menor».

5º.- Fijación de a favor de esta el régimen de visitas que por SSº se estime conveniente teniendo en cuenta la edad del menor.

6º.- Establecer el abono del préstamo hipotecario de la vivienda familiar, así como del préstamo personal al 50% entre ambos cónyuges.

Y ello con expresa condena en costas a la demandada.

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 María Benitez Donoso García, en nombre y representación de doña Belen , contestó a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado:

«dictase en su día sentencia por la que se decrete la disolución por divorcio del matrimonio de mi representada con los efectos a los que se ha hecho referencia en el cuerpo del escrito, todo ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas».

La procuradora doña Elena Auriolés Rodríguez, en nombre y representación de don Nicolas contestó a la reconvencción 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 misma, acuerde conforme a los pedimentos de nuestra demanda principal».

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 5 de Fuengirola, dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«SE ACUERDA EL DIVORCIO de Doña. Belen Y D Nicolas , debo acordar y acuerdo las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

PRIMERA.- Por ministerio de la ley, que los cónyuges podrán vivir separados, así como el cese de la convivencia conyugal y la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos haya otorgado al Otro; y asimismo, salvo pacto en contrario, el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

SEGUNDA.- La patria potestad del hijo menor de edad, Romeo de cuatro años de edad, será compartida por ambos progenitores. Se atribuye su guardia y custodia a la madre, a la que corresponderá el ejercicio ordinario de la patria potestad, no hay razones para modificar por el momento su situación actual. Teniendo en cuenta el informe sico-social elaborado de parte por sra Lina Y Marisa , se aprecia que el padre tiene muy buena relación con el menor y que posee las habilidades parentales necesarias, recordando que se trata de un estudio parcial puesto que no se ha tenido en cuenta la relación madre- hijo y es por todo ello se viene a acordar un régimen de visitas amplio pretendido por la parte actora de forma subsidiaria y no la guardia y custodia compartida. así como la posibilidad de comunicarse el menor con el padre y, la madre en su caso, en cualquier momento, siempre que sea posible.

TERCERA.- El régimen de visitas, comunicación y estancia del padre, será el que determinen de común acuerdo ambos progenitores y en su defecto, Nicolas podrá comunicar con su hijo por carta, teléfono o cualquier otro medio de comunicación siempre que no perjudique las actividades escolares, extraescolares o las horas de estudio y de descanso del menor; y el padre podrá disfrutar de la compañía de su hijos los fines de semana alternos. Cuando corresponda, el hijo será retirado por el padre del colegio el viernes a la hora de salida del mismo y reintegrado en dicho colegio el lunes a la hora que le corresponda entrar en el colegio. En la semana que exista este régimen de visitas se acordará también dos días, martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 21 horas que será reintegrado al domicilio materno, y en las semanas que no existe régimen de visitas de fin de semana se establecerá también tres días lunes miércoles y viernes desde la salida del colegio hasta las 21 horas que será reintegrado al domicilio materno. Correspondiendo a cada uno de los progenitores la mitad de los periodos vacacionales de Navidad de Semana Santa, y a las vacaciones de verano en defecto de acuerdo, eligiendo el período, la madre, los años los impares y el padre pares , que periodo estará el menor con cada uno de ellos. Respecto a las vacaciones.

CUARTA.- Se atribuye a la esposa en compañía de su hijo el uso del domicilio familiar, Por lo que conforme a lo que se solicitó en la comparecencia, y con arreglo a lo previsto en el art. 103.2 del Código Civil , debe atribuirse el uso de la vivienda conyugal a la esposa por ser el interés familiar más necesitado de protección, pues no consta que perciba ingreso alguno y ha de estar al cargo del hijo, facultando al marido para retirar del mismo sus ropas y enseres personales, con previo Inventario si fuese necesario.

QUINTA.- En concepto de contribución del marido en concepto de alimentos de sus hijos, se fija la cantidad de 300 euros mensuales, que habrá de abonar el marido a la esposa por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorros que la esposa señale, y que será actualizada automáticamente con efectos a partir del uno de enero de cada año con las variaciones que experimente durante el año anterior el índice general del coste de la vida do anualmente por el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que en su caso ejerza sus funciones. todo ello y habida cuenta el padre

está cobrando el desempleo, 1079# aproximadamente, y no se ha podido demostrar que tenga otros ingresos ni que se encuentre trabajando en la actualidad.

No acordándose a la pensión compensatoria para la esposa por cuanto tiene una formación académica y ha estado trabajando hasta que tuvo al hijo de ambos, pudiendo rehacer su vida laboral.

Ambos progenitores sufragarán por mitad todos los gastos extraordinarios que por razones de salud, mejora o complemento de su formación y educación, viajes y vacaciones organizados y actividades escolares se produzcan en la vida de sus hijos. El carácter de gastos extraordinarios y la necesidad del mismo deberá ser objeto de consulta entre ambos cónyuges, resolviéndose por el Juzgado en caso de discrepancia. Ambos progenitores sufragarán por mitad todos los gastos extraordinarios que por razones de salud, mejora o complemento de su formación y educación, viajes y vacaciones organizados y otras actividades escolares se produzcan en la vida de sus hijos. El carácter de gasto extraordinario y la necesidad del mismo deberá ser objeto de consulta entre ambos progenitores, resolviéndose por el Juzgado en caso de discrepancia.

Sobre la contribución del esposo a las cargas familiares, contribuyendo cada uno de los cónyuges al 50 % de los gastos del préstamo hipotecario de la vivienda familiar.

No procede hacer expresa declaración sobre las costas causado».

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Belen . La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 11 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:

«Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña Belen y desestimar la impugnación formulada por la de D. Nicolas , ambos frente a la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N.º Cinco de Fuengirola, en los autos de Juicio de Divorcio N.º 141/11 a que este rollo se refiere y en su virtud, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, en el sentido de disponer que las semanas cuyo fin de semana no corresponde al padre disfrutar de la compañía del menor, el padre tenga al menor en su compañía el miércoles desde la salida del colegio en el que recogerá al menor, hasta la mañana del jueves en que lo reintegrará al centro escolar; y, en la semana en la que el fin de semana corresponda al padre disfrutar de la compañía del menor, el padre pueda disfrutar de la compañía del menor, la tarde del miércoles, desde la salida del colegio, en cuyo centro recogerá al menor, hasta las 21 horas en que deberá reintegrar al menor al domicilio materno; confirmándose la Sentencia en todo lo demás, imponiéndose a la parte impugnante, las costas procesales devengadas en la alzada correspondientes a la impugnación, no haciéndose especial imposición de las correspondientes al recurso de apelación».

«Con fecha 25 de abril de 2014 la Sala Acuerda: Denegar la solicitud de aclaración y subsanación de sentencia formulada por la representación procesal de don Nicolas en su escrito de 21 de marzo de 2014».

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Nicolas con apoyo en el siguiente MOTIVO: ÚNICO.- Infracción del artículo 92 del Código Civil por su aplicación indebida o incorrecta, al amparo de lo establecido en el artículo 477. 2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en oposición a la doctrina del 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 7 de julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 16 de septiembre de 2015 , 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, el procurador Ramiro Reynolds Martínez, en nombre y representación de doña Belen , 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 20 de Enero de 2016, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el recurso de casación se impugna el pronunciamiento de la sentencia que niega al padre, ahora recurrente, la guarda y custodia compartida de ambos progenitores respecto del hijo menor del matrimonio, Romeo , nacido el NUM002 de 2006, por cuanto se opone a la doctrina de esta Sala expresada en las resoluciones que cita.

Se niega este sistema de guarda con el siguiente argumento: "consta en los autos que el menor, primero desde la separación de hecho de los padres, que al decir del actor acaeció en el mes de agosto de 2011 y más tarde por decisión judicial adoptada en Auto de 13 de octubre de 2011, ha permanecido viviendo en compañía de su madre, no habiéndose acreditado que el régimen de custodia existente sea perjudicial para el menor, el cual, mantiene y potencia los lazos de afectividad que sin duda tiene hacia su padre, a través del amplio régimen de visitas establecido, y por tanto , es la custodia materna, la opción que menos cambios introduce en la vida del menor, resultando así, la opción más idónea, sin que eso signifique que el padre carezca de condiciones y habilidades para atender a su hijo correctamente. Lo expuesto descarta también la pretensión subsidiaria de custodia compartida, pues uno de los requisitos para acceder a dicha forma de guarda de menores, es que solo con la misma, se proteja adecuadamente el interés del menor, lo cual, ciertamente, no acontece en el supuesto que se examina, desde el punto y hora en que ni el propio actor y ahora apelante, así lo considera cuando no pidió la guarda compartida con carácter principal, sino con carácter subsidiario para el supuesto de que se desestimara la pretensión de atribución paterna de la custodia del menor, postura esta que evidencia que es el propio padre, el que descarta el que, solamente con la guarda compartida, quede protegido adecuadamente el interés prioritario del menor. Por lo expuesto considerando la Sala que es la opción de custodia materna la que, en definitiva tutela en adecuada forma el interés prioritario del menor, siendo la figura parental que desde el nacimiento del menor, se ha dedicado en exclusiva al cuidado y atención del mismo, y con la que el menor ha permanecido desde la separación de hecho de sus progenitores, se ha de confirmar la Sentencia en cuanto al particular objeto de impugnación".

**SEGUNDO.-** El recurso se estima.

En primer lugar, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, con nueve años de edad, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual establece un amplio régimen de visitas, tratando de conciliar "el interés de menor con el indudable y siempre beneficioso derecho del mismo a relacionarse con su padre", impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar 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. 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 ( SSTS 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015 ).

En segundo lugar, 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 , que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 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 ( SSTS 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015 ).

En tercer lugar, no se advierte un solo motivo negativo para privar al hijo de compaginar la custodia entre ambos progenitores, según resulta de la sentencia y lo que no es posible es negarlo porque habiendo solicitado con carácter principal en exclusiva su custodia pretenda este régimen de una forma subsidiaria, cuando se trata de una medida más favorable al interés del hijo y de los propios progenitores que la anterior.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras:

a) Se fomenta la integración de los menores 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 de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

**TERCERO.-** En definitiva, se infringe el artículo 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla pues el interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por esta Sala, 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.

**CUARTO.-** Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre el menor Romeo . Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han podido cambiar después de la presentación de la demanda (el día 1 de septiembre de 2011) hasta la resolución de este recurso, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, y en su caso vivienda, si bien se establecen las siguientes bases:

1ª.- Se primará el acuerdo entre ambas partes.

2ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.

3ª.- El progenitor que no tenga consigo al hijo y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

4ª.- Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** No se hace especial declaración sobre las costas de ninguna de las instancias ni de las de este recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1, que se remite al artículo 394, ambos de la LEC .

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

## FALLAMOS

1. Estimar en parte el recurso de casación formulado por don Nicolas , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha de 3 de febrero 2014 , cuya resolución anulamos en parte.

2. Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo de los litigantes.

3. Se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos del menor con cada uno de los progenitores, y en su caso del uso de la vivienda familiar, si bien se establecen las siguientes bases:

1ª.- Se primará el acuerdo entre ambas partes.

2ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.

3ª.- El progenitor que no tenga consigo al hijo y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

4ª.- Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

4. 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".

5. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia.

6. No se imponen las costas de ninguna de las instancias.

7. No se hace especial declaración de las del recurso de casación.

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 .Fernando Pantaleon Prieto **Xavier O'Callaghan Muñoz.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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ