



Roj: STS 785/2016 - ECLI:ES:TS:2016:785
Id Cendoj: 28079110012016100098
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 426/2015
Nº de Resolución: 86/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 2308/2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio, para modificación de medidas definitivas, solicitando custodia **compartida**, registrado con el núm. 212/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Sebastián, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por don Abelardo, representado por el procurador don Tomás Salvador Palacios bajo la dirección letrada de doña Adriana Navajas Laboa, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Isabel Campillo García en calidad de recurrente y personada como recurrida doña Enriqueta, representada por el procurador don Carlos Cabrero del Nero y bajo la dirección letrada de doña Purificación González Blanco, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Don Abelardo, y en su nombre y representación el procurador don Tomás Salvador Palacios, interpuso demanda de juicio solicitando modificación de medidas, en concreto custodia **compartida** por semanas, contra doña Enriqueta y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que, estime la presente demanda declarando:

1.- Que los menores Eulogio, Patricia Y María Inés convivan con su padre una semana alterna, desde el domingo a las 21,30 horas al siguiente domingo a las 21,30 h. El progenitor con el que han permanecido la semana entregará al otro progenitor a los menores.

2.- Que los gastos de colegio, material escolar y actividades de los menores ascienden a 968,80.- euros al mes año, por lo que cada progenitor se obliga a ingresar 484,4.- euros al mes.

3.- Cada progenitor se encargará de la manutención de los menores la semana que conviva con él.

4.- Que los gastos extraordinarios, tales como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social y actividades extraescolares serán abonadas al 50% por los progenitores, previo acuerdo de su conveniencia».

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazados el Ministerio Fiscal y la parte demandada, compareció el Fiscal quien contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables solicitando:

«se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

3.- La procuradora doña María Luisa Linares Farias, en nombre y representación de doña Enriqueta, 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:

«en la cual se decrete la desestimación total de las medidas solicitadas de adverso, y se dicte sentencia confirmatoria de lo dispuesto en la sentencia de divorcio nº 283/2012 y auto complementario de la misma».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastián se dictó sentencia, con fecha 11 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO. Estimar PARCIALMENTE la demanda promovida por el procurador de los tribunales don Tomás Salvador Palacios, en nombre y representación de don Abelardo , frente a doña Enriqueta y, en consecuencia, ACUERDO, modificar las medidas adoptadas en la sentencia 283/12, dictada el 17 de mayo de 2012 en los autos de divorcio de mutuo acuerdo seguidos ante este Juzgado bajo el número 448/2012, en cuanto al régimen de convivencia y estancia de los hijos con sus progenitores", régimen ordinario", (párrafo sexto), a la regulación de fines de semana alternos, quedando la cláusula redactada como sigue: "Los fines de semana se alternarán entre ambos progenitores, comenzando el fin de semana desde el viernes a la salida del centro escolar o en su defecto a las 17:00 horas hasta el lunes a la entrada del centro escolar o en su defecto a las 10 horas". Permanecen inalteradas el resto de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio. La eficacia de las anteriores medidas no queda suspendida por los recursos que se interpongan contra la sentencia. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia, con fecha 27 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS. Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de D. Abelardo contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta capital , se confirma dicha resolución en todos sus extremos y todo ello con imposición de las costas ocasionadas en esta instancia por la parte recurrente».

Esta sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 11 de diciembre de 2014 de la misma Sala , cuya parte dispositiva señala:

«PARTE DISPOSITIVA.- Procede acceder a la petición formulada por la representación de D. Abelardo de que se proceda a aclarar la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014 , dictada por esta misma Sala, supliendo la omisión padecida y señalando que dicha resolución ha de ser completada con el pronunciamiento que sigue:

"Frente a esta resolución se podrá interponer, en el plazo de VEINTE DÍAS, ante esta Sala, recurso de casación en los supuestos del art. 477 LEC , y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC , pudiendo presentarse únicamente éste último recurso sin formular recurso de casación, frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477 LEC "».

TERCERO.- 1.- Por la representación procesal de D. Abelardo se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- Por infracción del art. 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del menor de 15 de enero de 1996, y de la doctrina jurisprudencial sentada en interpretación del interés del menor, por cuanto que el Juzgado de Primera Instancia, corroborado por la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación contraria al espíritu que impresa en esa norma por cuanto que la custodia **compartida** provoca que los progenitores participen en igualdad de condiciones en la crianza y en el desarrollo de los menores, circunstancia que se obvia en la sentencia recurrida.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 9 de septiembre de 2015 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador don Carlos Cabrero del Nero, en nombre y representación de doña Enriqueta , presentó escrito de oposición al mismo, mientras que el Fiscal apoyó el recurso interpuesto entendiendo que el motivo debe ser estimado.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 26 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D. Abelardo interpuso demanda de modificación de medidas contra D.^a Enriqueta . Más en concreto, la parte actora pretende se modifiquen las medidas definitivas adoptadas en convenio regulador en proceso de divorcio, interesando el cambio del régimen de guarda y custodia atribuido en exclusiva a la madre de los menores a un sistema de guarda y custodia **compartida** por semanas alternas.

La parte demandada se opuso a la demanda considerando que no ha existido una modificación de las circunstancias que justifique el cambio del régimen de guarda y custodia, que se han adaptado al mismo y que los hijos están bien así, sin que manifiesten deseos de cambio.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda al comprobar que el padre nunca pasa los domingos por la tarde-noche con sus hijos, de manera que alarga el fin de semana hasta el lunes, manteniendo el resto de las medidas acordadas. Señala dicha resolución que no existe un cambio de circunstancia que justifique la modificación de medidas solicitada. Considera que la guarda y custodia debe continuar en la madre, que el régimen de estar con la madre dos semanas consecutivas y la tercera con el padre fue adoptado de común acuerdo atendiendo a los turnos de trabajo de ambos, que se han adaptado al mismo conforme dispone el informe del equipo psicosocial, sin que en este contexto se requiera una modificación de custodia.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D. Abelardo , dictándose sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa , la cual desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia.

Dicha resolución confirma la atribución de la guarda y custodia a la madre. En esencia reproduce los argumentos expuestos por la sentencia de primera instancia. Más en concreto señala que el régimen fue acordado así de común acuerdo por los cónyuges, habiendo transcurrido cerca de dos años desde el mismo, sin que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento, ya que las políticas conciliadoras de la empresa en la que trabaja el recurrente a partir del año 2012 no pueden ser consideradas como una alteración sustancial de las circunstancias preexistentes. Destaca que los menores se encuentran adaptados al régimen convenido por sus padres, sin que estos manifiesten deseos de cambio, como así lo pone de relieve el informe del equipo psicosocial.

Contra dicha resolución el padre demandante, D. Abelardo , interpuso RECURSO DE CASACIÓN.

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó por razón de la materia.

El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la recurrente se articula en un motivo único, en el que tras citar como precepto legal infringido el artículo 92.8 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan las sentencias de esta Sala de fechas 29 de abril de 2013 y 19 de julio de 2013 , relativas, todas ellas relativas a los requisitos de la guarda y custodia **compartida**.

La doctrina contenida en las señaladas sentencias es 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».

«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».

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida. Señala la recurrente que consta el interés y aptitud por parte de ambos progenitores para el ejercicio de la custodia de sus hijos, así como el apego que sienten los menores por ambos. Se han cumplido por ambos progenitores sus deberes en relación con sus hijos, destacando que el informe psicosocial lo único que dice es que no se considera adecuado el cambio, pero no que los hijos no quieran estar con su padre, circunstancias todas ellas que determinan el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para fijar el régimen de guarda y custodia **compartida**. Añade que la fijación de tal régimen no tiene carácter excepcional y que, de facto, ya existe una custodia **compartida** puesto que en las vacaciones (durante cuatro meses) ya se produce tal circunstancia, así como que esa custodia **compartida** redundaría en interés del menor.

SEGUNDO .- De las actuaciones se deduce que los litigantes tienen tres hijos, Eulogio (NUM000 -1999), Patricia (NUM001 -2002) y María Inés (NUM002 -2007).

El Sr. Abelardo trabaja en la compañía Telefónica y la Sra. Enriqueta es técnico de laboratorio en la sanidad pública.

La vivienda que fue familiar, se vendió tras el convenio regulador, de común acuerdo, residiendo cada uno de ellos en su propia vivienda, ella en propiedad y él en régimen de arrendamiento, según se extrae del informe psicosocial.

Teniendo en la actualidad la guarda y custodia la madre, se fijaron de común acuerdo para el padre un sistema de visitas que le permitía estar con los niños una semana de cada tres, de lunes a viernes. En las semanas que los menores estaban con la madre, el padre los tenía dos tardes en semana, sin pernocta. Las vacaciones se dividían, por mitad.

En el informe psicosocial se determinó que ambos progenitores tenían aptitudes como educadores y que los hijos mantenían una buena relación con ambos, entendiendo la psicóloga que los menores no necesitaban un cambio en sus rutinas diarias.

En la sentencia del juzgado se declaraba que «si bien no se trata de una custodia **compartida** es un régimen que se acerca bastante a esta».

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO .- *Motivo único. Por infracción del art. 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del menor de 15 de enero de 1996, y de la doctrina jurisprudencial sentada en interpretación del interés del menor, por cuanto que el Juzgado de Primera Instancia, corroborado por la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación contraria al espíritu que impresa en esa norma por cuanto que la custodia **compartida** provoca que los progenitores participen en igualdad de condiciones en la crianza y en el desarrollo de los menores, circunstancia que se obvia en la sentencia recurrida.*

Se desestima el motivo .

Esta Sala ha declarado sobre la custodia **compartida**:

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" (STS 25 de abril 2014).

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. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

Para la adopción del sistema de custodia **compartida** no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia **compartida** conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

CUARTO .- Aplicada esta doctrina al supuesto de autos debemos razonar que en la sentencia recurrida no se infringe la jurisprudencia de esta Sala, dado que:

1. Los acuerdos se adoptaron en convenio regulador.

2. El cambio de la política conciliadora de la empresa del demandante, no fue de calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 C. Civil).

3. El sistema adoptado por las partes, independientemente del nombre que le dieran es similar al de custodia **compartida** dado que el padre puede tener a los menores una semana de cada tres y dos tardes a la semana en aquellas que están con su madre, dividiéndose las vacaciones por mitad.

4. Se respeta el interés de los menores. El concepto de interés del menor 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, no aplicable por su fecha a los presentes hechos pero sí extrapolable, como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

QUINTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Abelardo representado por la Procuradora D.ª María Isabel Campillo García contra sentencia de 27 de noviembre de 2014 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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