



Roj: **STS 2564/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2564**

Id Cendoj: **28079110012019100433**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **4822/2018**

Nº de Resolución: **458/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18270/2017,**
STS 2564/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 458/2019

Fecha de sentencia: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4822/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 4822/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 458/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017, dictada en recurso de apelación 403/2017, de la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de divorcio 381/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Abilio, representado en las instancias por la procuradora Dña. María Cristina Méndez Rocasolano, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Reguera Gómez y Dña. Inmaculada Díaz Girón, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña Estibaliz, representada por el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, bajo la dirección letrada de Dña. Cristina Peña Carles y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña Estibaliz, representada por el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer y dirigida por la letrada Dña. Cristina Peña Carles, interpuso demanda de juicio de divorcio contra D. Abilio, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se acuerde:

"1.- El Divorcio del matrimonio compuesto por ambos cónyuges.

"2.- La atribución de la guarda y custodia de los tres hijos menores Nazario, Frida y María a favor de la madre Dña. Estibaliz, manteniéndose la patria potestad sobre los mismos compartida entre ambos progenitores.

"3.- La atribución del uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar ubicado en la CALLE000 núm. NUM000, piso NUM001, C.P.:28001 en Madrid deberá atribuirse a los tres hijos menores en compañía de su madre Dña. Estibaliz.

"4.- El régimen de visitas y vacaciones de D. Abilio junto con los tres hijos menores, será el que a continuación se establece:

"a) Fines de semana: El padre podrá estar en compañía de los hijos los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que les retornará al colegio al inicio de sus respectivas clases escolares.

"b) Días intersemanales: El padre podrá estar en compañía de los hijos menores, a falta de acuerdo entre las partes, todos los jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente (viernes) en que retornará a los niños nuevamente al centro escolar al inicio de sus respectivas clases.

"c) Los denominados puentes o días de vacaciones escolares próximos a un fin de semana, se entenderán unidos al mismo y corresponderá estar con los menores al progenitor que por turno de reparto corresponda ese concreto fin de semana, con los mismos horarios ya fijados con anterioridad.

"e) Semana Santa: El período vacacional de Semana Santa será disfrutado en su totalidad por cada uno de los progenitores de forma alterna, comprendiendo tal período desde la salida del centro escolar hasta el mismo día en que se reanuden las clases escolares de los menores, y a excepción de acuerdo, comenzará la elección la madre en los años impares y el padre en los años pares.

"f) Half Term: En este período vacacional, y a falta de acuerdo entre ambos progenitores, los menores estarán en compañía del progenitor al que no le haya correspondido ese año estar con los mismos durante el período de Semana Santa.

"g) Vacaciones de Verano: Los meses de julio y agosto se dividirán entre ambos progenitores por quincenas alternas, recogiendo el día 1 y reintegrando a los menores el día 15, destacando que las vacaciones de junio corresponderán al progenitor con el que vayan a estar los menores la primera quincena de julio y las vacaciones de septiembre al progenitor con el que vayan a estar los menores la última quincena de agosto.

"A falta de acuerdo, la madre elegirá en los años pares y el padre en los impares, siendo el punto de recogidas y entregas el domicilio familiar.

"h) Vacaciones de Navidad: El período vacacional de Navidad se dividirá entre ambos progenitores por mitad, comenzando desde la salida del centro escolar hasta el día anterior al comienzo del colegio de los menores, correspondiendo a la madre elegir en los años pares y al padre en los años impares.



"i) Demás comunicaciones y estancias:

"- Respecto de los cumpleaños de los tres hijos menores así como los cumpleaños de ambos progenitores, los hijos estarán en compañía del progenitor al que le corresponda estar con ellos según el régimen de visitas aquí establecido.

"- Ambos progenitores facilitarán la comunicación telefónica o por cualquier otro medio con los hijos, siempre respetando los horarios de descanso y actividades académicas.

"- Para los viajes vacacionales que se realicen con los hijos fuera de España, no se necesitará expresa autorización del otro progenitor, sin perjuicio de indicar el lugar de vacaciones, teléfono de contacto, etc. Si el viaje se realiza por los menores sin la compañía de los progenitores, si será necesaria una previa notificación.

"- Para los casos de enfermedad de los hijos menores, con un reposo o imposibilidad de salir por más de cinco días, ambos progenitores podrán visitar al menor siempre y cuando preavisen de su visita. Lo anterior con la expresa excepción de una enfermedad grave que requiera hospitalización, pues en ese caso, ambos progenitores podrán visitar al menor sin ningún tipo de limitación.

"5.- D. Abilio deberá abonar en concepto de pensión de alimentos la cantidad total de 6.000 euros (2.000 euros para cada uno de los tres hijos) en la cuenta que designe Dña. Estibaliz , por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en doce meses al año, revisándose anualmente dicha suma de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pueda sustituirle en tal función.

"Respecto de los gastos extraordinarios tales como (odontología, ortodoncia, vacunas, rehabilitaciones, tratamientos psicológicos, intervenciones quirúrgicas y demás no cubiertos por la Seguridad Social, y los gastos educativos tales como (clases particulares, cursos especiales, excursiones y viajes escolares, estudios y viajes de idiomas, deportes escolares, actividades extraescolares así como la subida de las cuotas escolares al cambiar de ciclo escolar) serán sufragados al 50% entre ambos progenitores.

"El resto de gastos conceptuados como extraordinarios por ser necesarios e imprevisibles, serán igualmente satisfechos al 50% entre ambos progenitores, siempre y cuando sean previamente conocidos, decididos y aceptados por ambos padres. En caso de discrepancia, se someterá a decisión judicial su procedencia y necesidad.

"De los anteriores gastos extraordinarios se exceptúan aquellos que por su carácter urgente, hacen imposible su previa comunicación al otro progenitor con la debida antelación, debiendo comunicar tal gasto a la mayor brevedad posible y su respectiva cuantía.

"6.- Que se condene en costas al demandado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y siguientes y demás concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

"7.- Que se practique la inscripción correspondiente en el Registro Civil donde figura inscrito el matrimonio.

"Todo ello por ser de hacer justicia que pido...".

2.- El demandado D. Abilio , representado por la procuradora Dña. Cristina Méndez Rocasolano y bajo la dirección letrada de Dña. María Inmaculada Díaz Girón, 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:

"Desestimatoria de las medidas solicitada por la demandante acordando las siguientes medidas definitivas:

"1°.- La atribución de la patria potestad de los hijos menores del matrimonio a ambos progenitores de forma compartida.

"2°.- La atribución de la guarda y custodia de los hijos menor de edad, de forma compartida a ambos progenitores de forma alterna y conjunta, en cuya compañía vivirán, sin perjuicio del régimen de comunicación, visitas y estancias con el otro progenitor que se establece para los periodos vacacionales y días especiales.

"Excepto los meses de julio y agosto, los menores convivirán semanalmente de forma alterna con cada progenitor de viernes a la salida del colegio hasta el siguiente viernes a la entrada del colegio que comenzarán la semana con el otro progenitor.

"Subsidiariamente, de otorgarse la custodia a la madre, se interesa que se dé continuidad al régimen de 14 pernoctas pactado en el convenio:

"Fines de semana.- El padre podrá disfrutar de sus hijos los fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio donde les recogerá, hasta el lunes que les retornará al colegio. Los denominados "puentes"



o días de vacación escolar unidos a un determinado fin de semana, quedarán incluidos en éste a favor del progenitor a quien corresponda dicho fin de semana en la misma extensión y horarios.

"Días laborables. El padre podrá estar en compañía de los hijos todos los jueves, recogiendo en el colegio y retornándoles el viernes al colegio. Avisando con 24 horas de antelación, el padre podrá disfrutar de su compañía un día más con pernocta en la misma extensión y horarios.

"4°.- Establecer, en defecto de acuerdo, el siguiente régimen de comunicación de los hijos menores de edad con los progenitores en los periodos vacacionales y días especiales:

"Semana Santa.- La totalidad de las vacaciones escolares de Semana Santa se disfrutarán de forma alterna cada año por cada uno de los progenitores. Salvo acuerdo, los años impares corresponderán al padre y los pares a la madre. Comprenderán desde la salida del colegio hasta el día de entrada en el mismo.

"Half Term .- Este periodo lo disfrutarán los menores con el progenitor que no hayan disfrutado la Semana Santa, salvo que cualquiera de ellos por sus obligaciones laborales no pudiera tener a los menores consigo, en cuyo caso lo disfrutaría el otro progenitor.

"Vacaciones verano .- Los meses de julio y agosto se dividirán por quincenas alternas, recogiendo el día 1 y reintegrando el día 15, correspondiéndole al padre la elección en los años pares y a la madre la elección en los años impares. Las vacaciones de junio las disfrutarán con el progenitor que vayan a estar la primera quincena de julio y las de septiembre con el que hayan estado la última de agosto.

"Se tendrá en cuenta siempre los campamentos y cursos de verano de los hijos que tendrán prioridad. El resto del tiempo se distribuirá por mitad en la misma extensión.

"Navidad.- Las vacaciones escolares de los menores se dividirán por mitad, comenzando el día siguiente a las vacaciones de los hijos y finalizando el día anterior al comienzo del Colegio. La primera mitad le corresponderá al padre en los años pares y a la madre en los impares y la segunda a la inversa.

"Durante las citadas vacaciones de Navidad, verano y Semana Santa, quedará en suspenso el régimen de fines de semana e intersemanales, por lo que, el primer fin de semana tras las vacaciones escolares y salvo acuerdo en otro sentido entre los progenitores, corresponderá estar con los hijos al progenitor que no estuvo en su compañía el fin de semana inmediato anterior.

"Cumpleaños de los niños y días del padre y de la madre. Los disfrutará el progenitor con el que se encuentren los hijos.

"Por lo demás, ambos progenitores acuerdan no limitar la posibilidad de comunicación telefónica o por otros medios con los hijos, siempre dentro de los horarios de día a día y actividades académicas.

"Para los viajes vacacionales fuera del territorio nacional que cualquiera de los progenitores quiera realizar en compañía de los hijos, no será necesaria autorización expresa del otro, si bien se informarán del lugar de vacaciones, teléfonos de contacto, etc. Para los viajes fuera del territorio nacional de los hijos sin la compañía de sus progenitores, será necesaria la notificación.

"En caso de enfermedad o tratamiento que obligue a alguno de los menores guardar reposo y les impida salir por más de cinco días, el padre o la madre podrá visitarle, dando preaviso de su visita. Se exceptúan los casos en que el menor estuviera ingresado en un hospital, en cuyo caso los padres podrán visitar a su hijo siempre que lo deseen.

"5°.- En concepto de alimentos, cada progenitor se ocupará de cubrir los alimentos propiamente dichos de vivienda y manutención en los periodos semanales y vacacionales, que le correspondan a cada uno.

"Ambos progenitores, como contribución a los alimentos de los hijos comunes, ingresarán en una cuenta corriente abierta a nombre solidario de los dos, la cantidad total de 2.800 euros, 1.400 euros mensuales cada uno, con el fin de atender los gastos ordinarios de escolaridad, recibos escolares, uniformes y seguro médico. Dicha cantidad, será ingresada por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes y será anualmente actualizada conforme IPC.

"6°.- Los gastos extraordinarios: Los gastos médicos extraordinarios -tales como odontología, ortodoncia, oftalmología, vacunas, intervenciones quirúrgicas, tratamientos especiales, rehabilitaciones, tratamientos psicológicos, exámenes clínicos y otros análogos- no cubiertos por la seguridad social y los de educación de sus hijos, tales como clases particulares, cursos especiales, excursiones culturales y viajes escolares, estudios y viajes de idiomas, aprendizaje y práctica de deportes escolares, actividades extraescolares y similares, así como la subida de las cuotas escolares de cada uno de los hijos cuando estos cambien de ciclo escolar, serán sufragados por mitad por cada uno de los progenitores.



"Cualquier otro gasto considerado como extraordinario entendiéndose como tal todos los que sean realmente necesarios e imprevisibles también se soportará al 50% entre los progenitores.

"Los gastos extraordinarios deberán ser previamente conocidos, decididos y aprobados por ambos progenitores. En caso de discrepancia, se someterá a decisión judicial su procedencia y necesidad.

"Se exceptúan de aprobación previa aquellos supuestos de inaplazable perentoriedad y urgencia que hagan imposible la consulta con antelación, si bien el progenitor no presente deberá ser inmediatamente informado del acaecimiento que origina el gasto extraordinario, su naturaleza y su cuantía.

"En todos los casos, con los demás pronunciamientos legales inherentes y expresa condena en costas a la demandante por la mala fe con la que litiga imputando hechos falsos e inventados con el único objeto de vulnerar el derecho al honor de Don Abilio .

"Es justicia que pido".

3.- El fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda solicitando al Juzgado:

"Dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 29 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. de Villanueva Ferrer en nombre y representación de Dña. Estibaliz contra D. Abilio debo declarar disuelto, por divorcio, el matrimonio contraído por los cónyuges litigantes, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, asimismo se establecen como definitivas en relación a los hijos comunes las siguientes medidas:

"1) La guarda y custodia de los hijos comunes será compartida por ambos progenitores por semanas alternas, de lunes a lunes a la salida del colegio o al día siguiente si fuere festivo.

"2) La patria potestad será compartida.

"El sistema de custodia establecido comenzará el primer lunes tras la notificación de la presente resolución y será la madre la que le inicie.

"3) Atendiendo al sistema de custodia fijado no se establece régimen de visitas intersemanal, ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar las partes al respecto.

"Las vacaciones escolares de los menores serán repartidas por mitad entre ambos progenitores a excepción de las vacaciones de verano que se contraen a los meses de julio y agosto, eligiendo en defecto de acuerdo, los años impares la madre y los pares el padre.

"- Las vacaciones de Navidad se distribuyen en dos períodos, el primero comprende desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta las 20 horas del día 30 de diciembre y el segundo periodo se extiende desde las 20 horas del día 30 de diciembre hasta las 20 horas del día anterior al del inicio del trimestre escolar.

"- Las vacaciones de Semana Santa se disfrutarán íntegra y alternativamente por cada uno de los progenitores correspondiendo los años impares a la madre y los pares al padre.

"- Las vacaciones de verano se contraen a los meses de julio y agosto y se distribuyen por quincenas alternas de la siguiente forma:

"El primer periodo se extiende desde las 10 horas del día 1 de julio hasta las 20 horas del día 15; el segundo desde el 15 de julio a las 20 horas hasta las 20 horas del día 31 de julio, el tercero desde las 20 horas del día 31 de julio hasta las 20 horas del 15 de agosto y el cuarto desde las 20 horas del día 15 de agosto hasta las 20 horas del día 31 de agosto.

"El progenitor al que corresponda la elección lo comunicará al otro por medio fehaciente con 60 días de antelación en las vacaciones de verano y con quince días en las de Navidad.

"Las recogidas y entregas de los menores, salvo cuando tengan lugar en el centro escolar, en todo caso, se efectuaran en el domicilio de quien tenga en ese momento la custodia de los hijos o en su caso en el domicilio que los progenitores convengan.

"Durante los periodos vacacionales se suspende el régimen de visitas reanudándose conforme a la alternancia que corresponda.

"No ha lugar a ninguna otra pormenorización en cuanto al régimen de visitas se refiere sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los progenitores y que desde aquí se aconsejan.

"4) Para atender otros gastos ordinarios que puedan producirse en relación a los menores (distintos a los de manutención que serán asumidos por el progenitor que en cada momento tenga la custodia), uno y otro progenitor viene obligado a ingresar mensualmente en una cuenta mancomunada que al efecto se aperture y dentro de los cinco primeros días de cada mes la cantidad de 1000 euros por cada uno de los hijos, actualizándose su importe anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el IPC, publicado por el I.N.E.

"Los gastos extraordinarios que en relación a los menores puedan producirse serán costeados por ambos progenitores, el padre al 70% y la madre al 30% previa acreditación de su importe y necesidad.

"5) Se atribuye el uso del domicilio familiar a los menores y a la madre durante los periodos que la misma tenga la custodia, pudiendo la Sra. Frida continuar en el uso del domicilio conyugal durante los periodos que los hijos se encuentren bajo la guarda del padre.

"No obstante lo anterior, los progenitores de común acuerdo y en beneficio de los hijos podrán modificar cuantas medidas tengan por conveniente, en particular las relativas al régimen de estancias, visitas y vacaciones.

"Sin costas".

Y por auto de fecha 14 de diciembre de 2016 se denegó la petición de ambas partes, demandante y demandada, de aclarar la sentencia dictada, no habiendo lugar a variación del texto de la misma.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes, demandante y demandada, la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 19 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Estibaliz, representada por el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer; y desestimando el interpuesto por D. Abilio, representado por la Procuradora Dña. María Cristina Méndez Rocasolano; contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2016; del Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid; dictada en el proceso de divorcio número 381/2016; debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de:

"1.- Ser lo procedente en el caso atribuir la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre en exclusiva; quedando atribuido el uso del domicilio familiar a los hijos con ella por ser la guardadora.

"2.- En cuanto al régimen de visitas el padre podrá estar en compañía de sus hijos los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes, en que los retornará al colegio al inicio de las respectivas clases escolares, además del día intersemanal de todos los jueves desde la salida del colegio hasta el viernes siguiente en el centro escolar al inicio de sus clases respectivas; los puentes o días de vacaciones escolares próximos a un fin de semana, se entenderán unidos al mismo y corresponderá estar con los menores al progenitor al que le corresponde en fin de semana con los mismos horarios ya indicados anteriormente.

"3.- En cuanto a las vacaciones escolares, las de Semana Santa serán disfrutadas en su totalidad por cada uno de los progenitores de forma alterna, comprendiendo tal periodo desde la salida del centro escolar hasta el mismo día en que se reanuden las clases escolares de los menores y a excepción de acuerdo, corresponderá la elección a la madre los años impares y al padre los años pares; las vacaciones de verano, comprendiendo los meses de julio y agosto, se dividirán, entre ambos progenitores por quincenas alternas, recogiendo el día 1 y reintegrándolos el día 15, añadiéndose que las vacaciones escolares de junio corresponderán al progenitor con el que vayan a estar los menores la primera quincena de julio y las vacaciones de septiembre al progenitor con el que vayan a estar los menores la última quincena de agosto; a falta de acuerdo la madre elegirá los periodos en los años impares y el padre en los pares; y, finalmente, las vacaciones escolares de Navidad se dividirán por mitad desde la salida del centro escolar hasta el día anterior al comienzo del colegio, con elección de la madre los periodos en los años impares, y el padre en los pares.

"4.- En cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos ordinarios, cabe señalar en este concepto la cantidad de 1.500 euros mensuales por hijo; en total 4.500 euros mensuales; a ingresar por el padre en los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, con revisiones anuales con arreglo al I.P.C. que establece el I.N.E.

"5.- Los gastos extraordinarios serán atendidos por las partes al 50%.

"No procede hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes".

Y con fecha 13 de marzo de 2018 se dictó auto denegando la rectificación y el complemento de la sentencia de apelación pretendido por el demandado apelante.



TERCERO.- 1.- Por D. Abilio se interpuso recurso de casación basado en:

Motivo único.- Por interés casacional dado que existe un evidente distanciamiento de la doctrina jurisprudencial sobre custodia compartida, que se consagró en la sentencia de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 y que se ha reiterado en las STS de 19 de julio de 2013 , 25 de abril de 2014 , de 2 de julio de 2014 , 15 de febrero de 2015 , 16 de febrero de 2015 , 14 de octubre de 2015 . La doctrina contenida en las señaladas sentencias es la siguiente: "La interpretación de los arts. 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".

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de marzo de 2019 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y representación de Dña. Estibaliz , presentó escrito de oposición al mismo y, por su parte, el fiscal apoyó el motivo esgrimido concluyendo "procede por todo ello en consecuencia la estimación del motivo del recurso de casación interpuesto por el recurrente conforme a los argumentos alegados en este informe, procediendo a una guarda y custodia compartida conforme a lo resuelto en la sentencia de instancia".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de julio de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

Demanda de divorcio presentada por Dña. Estibaliz frente a D. Nazario en la que solicitaba se declarase el divorcio, la atribución de la guarda y custodia exclusiva de los 3 hijos a favor de la demandante, el uso y disfrute del domicilio familiar, un régimen de comunicación de visitas y una pensión de alimentos de 6.000 euros.

En primera instancia se estimó la demanda, se acordó el divorcio, la guarda y custodia compartida por semanas alternas, una pensión de alimentos de 1.000 euros por cada hijo a satisfacer por cada uno de los progenitores, fijándose una contribución de los gastos extraordinarios de un 70% para el padre y un 30% para la madre, junto con la atribución del domicilio familiar a los menores y a la madre durante los periodos que la misma tenga la custodia, pudiendo continuar en el uso del mismo durante los periodos en que los menores estén con el padre.

Recurrida en apelación por ambas partes, la Audiencia estimó el recurso de apelación de la madre y desestimó el interpuesto por el marido atribuyendo la guarda y custodia a la madre.

Recorre en casación el padre y en un único motivo alega la infracción del art. 92 apartados 5 , 6 , 8 y 9 CC en relación con la denegación de la guarda y custodia compartida y la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en SSTS de 29 de abril de 2013 , reiterada en las de 19 de julio de 2013 , 25 de abril de 2014 , 2 de julio de 2014 , 15 de febrero de 2015 , 16 de febrero de 2015 y 14 de octubre de 2015 . En el desarrollo aboga por la atribución de la guarda y custodia compartida al ser el sistema general, normalizado y preferente según la doctrina de esta sala. Estima que la sentencia recurrida opta por un sistema de guarda y custodia exclusivo a favor de la madre pese a haberse demostrado la plena capacidad de ambos progenitores y la existencia de un régimen amplio de visitas y comunicaciones equiparado al de guarda y custodia compartida, sin que existan razones de peso para rechazar la custodia compartida que propone el padre. Para ello valora exclusivamente la custodia exclusiva de la madre y los beneficios de esta basándose exclusivamente en que la madre durante estos más de dos años lo ha hecho bien, eludiendo el hecho de que aunque haya funcionado correctamente la custodia a favor de la madre no significa que se desaconseje la custodia compartida, máxime cuando se acordó en primera instancia la guarda y custodia compartida y no hubo ningún problema. Destaca que hay dos informes, el pericial psicológico del Juzgado y el del Ministerio Fiscal, que no cuestionan la aptitud y capacidad del padre.

**SEGUNDO** .- *Motivo único.*

Por interés casacional dado que existe un evidente distanciamiento de la doctrina jurisprudencial sobre custodia compartida, que se consagró en la sentencia de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 y que se ha reiterado en las STS de 19 de julio de 2013 , 25 de abril de 2014 , de 2 de julio de 2014 , 15 de febrero de 2015 , 16 de febrero de 2015 , 14 de octubre de 2015 . La doctrina contenida en las señaladas sentencias es la siguiente: "La interpretación de los arts. 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".

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

Esta sala en numerosas sentencias ha establecido que la custodia compartida es el sistema prioritario, para custodia de menores, tras los procedimientos de ruptura conyugal o de pareja. (sentencia de 25 de abril de 2014 y sentencia 215/2019, de 5 de abril , entre otras).

En la sentencia recurrida, se llega a la solución contraria, en interés de los menores, valorando el informe psicosocial y la dinámica precedente de los progenitores con respecto a los hijos.

En la sentencia recurrida se considera más relevante el informe de la trabajadora social que el de la psicóloga.

La psicóloga que emite informe propone la idoneidad de la custodia compartida, habida cuenta de las aptitudes adecuadas de ambos progenitores y de su mutuo compromiso en la educación de los menores, especificando "No se observa problemática en el padre que pueda afectar al cuidado de los hijos. Ambos progenitores obtienen puntuaciones positivas y similares en el test "Cuida". Ambos padres tienen las habilidades necesarias y adecuadas para responsabilizarse de los menores...".

La trabajadora social propone "siendo recomendable desde el punto de vista técnico el ejercicio materno de la guarda y custodia de los menores, de acuerdo al desempeño de las funciones parentales de los progenitores, el momento evolutivo en el que se encuentran, siendo valorada como la opción más favorable por aportar continuidad en los hábitos y rutinas".

Igualmente valora la buena marcha de los hijos en el colegio.

También debe hacerse constar que los cónyuges firmaron un convenio regulador el 18 de diciembre de 2015 en el que pactaron que la custodia la ostentaría la madre, documento que fue presentado con la demanda en el procedimiento de divorcio de común acuerdo, que no fue admitida a trámite al no subsanarse defectos formales (no aportarse certificaciones originales y actualizadas de matrimonio y nacimiento) (sentencia 615/2018, de 7 de noviembre).

Por lo expuesto, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil , debemos declarar que en la sentencia recurrida se expresan con detalle los argumentos que propician la denegación de la custodia compartida, no pudiendo apreciarse una desviación jurisprudencial, sino una resolución del conflicto conforme a los intereses en juego y primando el interés superior de los menores, por lo que procede la desestimación del recurso de casación.

CUARTO .- *Costas.*

Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000) y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Abilio contra sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017, de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 403/2017).



2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

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

Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ