



Roj: **STS 1699/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1699**

Id Cendoj: **28079110012014100184**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2014**

Nº de Recurso: **2983/2012**

Nº de Resolución: **200/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil catorce.

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 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas definitivas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Getxo, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Arsenio , la procuradora doña Ana Llorena Pardo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Juan Torrecilla Jiménez, en nombre y representación de doña Verónica .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Leire Fraga Areitio, en nombre y representación de don Arsenio , interpuso demanda de juicio de modificación de medidas de divorcio, contra doña Verónica y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se estime:

1) El otorgamiento de custodia compartida sobre los menores Isidoro y Rodrigo , a los progenitores de los mismos, y por consiguiente, se decrete la modificación de la estipulación segunda y cuarta del convenio regulador del divorcio, referentes a la custodia y régimen de visitas sobre los menores Isidoro y Rodrigo , así como la modificación de la estipulación quinta del mismo convenio referente a la pensión de alimentos para los hijos, en el sentido anteriormente expresado en los hechos séptimo y octavo de la presente demanda.

A) Concretamente, en relación al tiempo que han de pasar los menores con cada progenitor durante el periodo que ostente la custodia:

-Las estancias, en los periodos que corresponda a la madre la custodia, serán en la misma casa donde ya conviven con ella actualmente.

-Las estancias con el padre lo serán en el mismo domicilio que ahora tiene el progenitor.

Los menores residirán un mes con cada progenitor, teniendo en ese periodo el progenitor no custodio el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos, y martes y jueves (si es el padre el no custodio).

Si es la madre el progenitor no custodio, los tendrá en su compañía fines de semana alternos y lunes y miércoles, habiendo de ser recogidos en ambos casos en el centro escolar, o en el domicilio del progenitor custodio, reintegrándolos a las 20,30 horas.

-Periodos vacacionales: se modifica la estipulación cuarta del convenio regulador de divorcio en lo referente a las vacaciones de verano, que se repartirán en dos periodos iguales, descontando los viajes que realicen los hijos al extranjero. Los turnos se realizarán como hasta el momento, mas se avisará del periodo elegido al otro progenitor con dos meses de antelación del inicio de las vacaciones.



B) En el aspecto de sufragar los gastos de los menores, se modifique la estipulación quinta del convenio regulador del divorcio, en el siguiente sentido:

- a) Que el padre siga abonando la misma pensión alimenticia que abona actualmente, esto es, 1.100 euros mensuales, en la cuenta corriente designada hasta ahora por la madre.
- b) El progenitor paterno asimismo, continuará abonando además, el coste de colegio de los dos menores, cantidad que no se incluirá en la anterior. Este coste consistirá en los conceptos de enseñanza, comedor y transporte escolar.
- c) Se suprimirá solamente la obligación del pago para el Sr Arsenio de todos los demás gastos eventuales, ocasionales ó complementarios, extraordinarios, e imprevistos debiendo de abonar al 50% los dos progenitores los gastos de este tipo.

Estas medidas relativas a la pensión de alimentos subsistirán hasta que los hijos estén dotados de independencia económica.

2) Condena en costas a la parte demandada.

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

2.- La procuradora doña Concepción Imaz Nuere, en nombre y representación de doña Verónica , 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:

- 1) Se deniegue la guarda y custodia compartida de contrario solicitada.
- 2) Se mantengan las actuales vigentes.
- 3) Se le requiera al actor para que cumpla religiosamente con los pagos así como con los IPC correspondientes y se mantengan esas medidas hasta que los chicos sean económicamente independientes.
- 4) Se le condene en costa a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 Getxo, dictó sentencia con fecha seis de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Fraga Areitio en nombre y representación de D Arsenio frente a D. Verónica , se acuerda modificar las medidas acordadas en la sentencia nº 119 de fecha 18 de junio de 2001 dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo nº 64/01 que acordaba aprobar el convenio regulador suscrito por las partes en fecha 19 de febrero de 2001, y, en su lugar, acordar el otorgamiento de custodia compartida sobre los menores Isidoro y Rodrigo a los progenitores de los mismos, y por consiguiente se decreta la modificación de la estipulación segunda y cuarta convenio regulador del divorcio, así como la estipulación quinta del mismo convenio en el sentido siguiente:*

A) Concretamente, en relación al tiempo que han de pasar los menores con cada progenitor durante el período que ostente la custodia:

-Las estancias en los períodos que corresponda a la madre la custodia, serán en la misma casa donde ya conviven con ella actualmente.

-Las estancias con el padre lo serán en el mismo domicilio que ahora tiene el progenitor.

Los menores residirán tres meses con cada progenitor, teniendo en ese el progenitor no custodio el siguiente régimen de visitas: fines de alternos, y martes y jueves, si es el padre el no custodio.

Si es la madre el progenitor no custodio, los tendrá en su compañía fines de semana alternos y lunes y miércoles, habiendo de ser recogidos en ambos casos en el centro escolar, o en el domicilio del progenitor custodios, reintegrándolos a las 20,30 horas.

Períodos vacacionales; se modifica la estipulación cuarta del convenio regulador de divorcio en lo referente a las vacaciones de verano, que se repartirán en dos períodos iguales, descontando los viajes que realicen los hijos al extranjero. Los turnos se realizarán como hasta el momento, más se avisará del período elegido al otro progenitor con dos meses de antelación del inicio de las vacaciones.

B) En el aspecto de sufragar los gastos de los menores, se modifica la estipulación quinta del convenio regulador en el siguiente sentido:



a) Que el padre siga abonando la misma pensión alimenticia que abona actualmente, esto es, 1.167,09 euros mensuales, en la cuenta corriente designada hasta ahora por la madre.

b) El progenitor paterno así mismo, continuará abonando además, el coste de colegio de los dos menores, cantidad que no se incluirá en el -anterior. Esté coste consistirá en los conceptos de enseñanza, comedor y transporte escolar. Además abonará el mismo las cantidades correspondientes al seguro sanitario privado de sus hijos, recibos de la comunidad de propietarios y seguro de la vivienda donde residen los menores con su madre.

c) Se suprime solamente la obligación del pago para el demandante de todos los demás gastos eventuales, ocasionales o complementarios, extraordinarios e imprevistos debiendo abonar al 50% los dos progenitores los gastos de este

Estas medidas relativas a la pensión de alimentos subsistirán hasta que los hijos estén dotados de independencia económica.

Sin expresa condena en costas procesales.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Verónica , la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Verónica contra la sentencia dictada el 6 de febrero de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Getxo en el incidente de modificación de medias nº 345/11 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución, y desestimamos íntegramente la demanda promovida por don Arsenio sin imposición de las costas de ambas instancia a ninguna de las partes.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Arsenio con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por considerar que ha infringido en sentencia de la A.P. de Bizkaia de fecha 30 de Julio de 2012 las normas que regulan la falta de motivación fáctica y jurídica, como establece el artículo 218 .2 de la LEC . **SEGUNDO**.- Artículo 469.1 4º: Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3º de apartado 2 del artículo 477 de la LEC , denunciando la violación del artículo 92, apartado 6 y 8 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de Noviembre de 2013 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, el procurador don Juan Torrecilla Jiménez, en nombre y representación de doña Verónica , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que se adhiera a los motivos de ambos recursos interpuestos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de marzo del 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La cuestión que suscitan los recursos formulados -infracción procesal y de casación- tiene que ver con la guarda y custodia compartida respecto de los hijos Isidoro y Rodrigo , nacidos el NUM000 de 1996 y el NUM001 de 1997, que la sentencia del juzgado concede y que la de la Audiencia Provincial niega. La primera, toma en consideración el interés de los dos menores, así como la evidente aptitud y capacidad de ambos progenitores para atender al cuidado y atención de sus necesidades materiales y afectivas, tal y como hace valer en su informe el Equipo Psicosocial, que tiene en cuenta la edad de los menores, la adecuada vinculación afectiva que existe entre el padre y los hijos y la preocupación de ambos progenitores por el beneficio y la educación de los mismos. La segunda, parte de que la guardia y custodia compartida ha de otorgarse solo de forma excepcional, pese al informe favorable del Ministerio Fiscal, y considera que " *no hay constancia alguna de que los intereses de Isidoro y Rodrigo vayan a estar más protegidos o resultar más beneficiados, a todos los niveles (formativos, educacionales, sanitarios, de ocio, etc.) si están sometidos a una guarda y custodia compartida de carácter bimestral (o mensual) por parte de ambos padres, que si permanecen bajo la custodia*



exclusiva de su madre, como asta ahora han estado desde hace once años, con amplias visitas y comunicación con el padre".

La sentencia valora también el informe psicológico y descarta que la opinión de los hijos sea decisiva para adoptar las medidas. En primer lugar, porque no puede depender del capricho de los menores. En segundo, porque se sospecha que este deseo está motivado " *por circunstancias absolutamente tangenciales a lo que debe ser el fondo de una medida como esta*", especialmente referidas a la vivienda del padre al cual, aunque se le reconocen capacidades " *adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales* ", entiende que el cambio de medida nada va a suponer en beneficio de los niños que no van a experimentar perjuicio alguno manteniéndoles bajo la custodia de su madre.

Considera también que los niños están acostumbrados a vivir con su madre, así como al modelo educativo y normas de conductas concretas, que son las que la madre les ha inculcado, sin que conste que sean perjudiciales a los mismos, para concluir afirmando que un cambio de custodia introduce un " *peligro de confusión* " que resulta del hecho de que ambos progenitores cuentan con respectivas parejas.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL .

SEGUNDO. - El primer motivo denuncia falta de motivación de la sentencia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LEC . Se argumenta que la sentencia no motiva la revocación de la guarda y custodia compartida otorgada por el Juez de instancia y basa su decisión simplemente en un criterio arbitrario y totalmente subjetivo, prescindiendo absolutamente de todos los criterios que señala la jurisprudencia para poder apreciar ese verdadero interés de los menores que ha de presidir una decisión de este tipo.

Se desestima. Posiblemente la sentencia debería haberse motivado de una forma más exhaustiva, cuando se aparta de la sentencia del juzgado para imponer un criterio contrario, sin referencia alguna a la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, como si no existiera. El deber de motivación se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (SSTC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6 ; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2 ; 61/2008, de 26 de mayo , FJ 4 y SSTS de 19 de diciembre de 2008, RC núm. 2519/2002 , 12 de junio de 2009, RC núm. 2189/2004 , 2 de octubre de 2009, RC núm. 2194/2002).

Pese a todo, la sentencia impugnada cumple con las exigencias derivadas del deber de motivación, ya que permite conocer las razones que han llevado a una solución distinta sobre la guarda y custodia compartida y que han permitido sustentar el recurso de casación, como ha quedado reflejado. Si este criterio es o no el procedente es una cuestión que atañe al fondo de la controversia, ajena al requisito de motivación de la sentencia y al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO. - El segundo motivo, bajo el amparo del artículo 24 CE , plantea una cuestión ajena al recurso, como es la incorrecta aplicación del artículo 92 del Código Civil , la cual debe resolverse en el recurso de casación, en el que también se plantea.

RECURSO DE CASACION .

CUARTO. - Se argumenta, y es cierto, que la sentencia se opone a la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, vulnerando el artículo 92 del Código Civil . Y es que lo que hace la sentencia es aplicar un modelo de custodia sobre una base meramente especulativa, o en régimen de sospecha, sobre el interés del menor, que es el que realmente se protege en este caso, y la consideración de este régimen como excepcional.

(i) En primer lugar, 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, 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". 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".

(ii) En segundo lugar, la STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión "excepcional", contenida en el art. 92.8 CC en el sentido que "La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".

(iii) En tercer lugar, los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen. Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se puede y se debe extraer de esta conclusión, que la sentencia recoge como hecho probado, es que ningún perjuicio van a experimentar los hijos manteniéndose bajo la custodia de su madre, sin valorar el beneficio que para ellos, próximos a la mayoría de edad, va a representar la medida. No existe ningún dato que permita mantener la afirmación de la sentencia relativa a que " *otorgar una custodia compartida por ambos progenitores podría introducir un peligroso elemento de confusión en los menores, en el delicado periodo de la adolescencia en que se encuentran, que pueden no saber a que atenerse en situaciones puntuales... potenciándose aun más el peligro de confusión por parte de estos por el hecho de que ambos progenitores cuentan con respectivas nuevas parejas, que sin duda intervendrán en los periodos en que a los menores les corresponda estar bajo la custodia de su actual cónyuge* ". Posiblemente será mas más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, como ha dicho esta Sala (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio de 2011, entre otras), pero lo que en ningún caso descalifica esta forma de custodia es el hecho, normal en estos casos, de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor.

(iv) La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos han demandado de forma muy importante a sus padres la existencia entre ellos de dialogo y respeto y que como sostuvo el Ministerio Fiscal, con cita del informe del equipo psicosocial, este cambio no va a suponer una variación que altere la forma de vida de los mismos dada la proximidad de los domicilios de los progenitores en lo que se refiere al centro escolar y realización de las actividades que vienen desarrollando, sin necesidad de cambiar de ambiente, por lo que no se advierte ningún riesgo que desaconseje el cambio instado.

QUINTO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia. Al asumir la instancia, se ratifica la sentencia del Juzgado. Se impone a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se impone a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC, que se remite al artículo 394 LEC. Tampoco se hace especial pronunciamiento de las causadas en ninguna de las instancias.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el de casación, formulados ambos contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizcaia en fecha de 30 de julio de 2012.

2º.- Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º.- En su lugar se repone íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Getxo, de 6 de febrero de 2010.

4º.- No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias y se imponen al recurrente las costas causadas del recurso extraordinario por infracción procesal, sin hacer especial declaración de las 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 Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. 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