



Roj: **STS 4924/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:4924**

Id Cendoj: **28079110012011100491**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2011**

Nº de Recurso: **813/2009**

Nº de Resolución: **579/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 29/2009,**  
**STS 4924/2011**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª), por D. Candido , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Eugenia Valeiras Magan contra la Sentencia dictada, el día 20 de febrero de 2009, en el rollo de apelación nº 627/2008 por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, en los autos de juicio de divorcio nº 291/07. Ante esta Sala comparece la Procuradora Dª Myriam Alvarez del Valle Lavesque, en nombre y representación de D. Candido , en calidad de parte recurrente; el Procurador D. Javier González Fernández, en nombre y representación de Dª María Cristina , en calidad de parte recurrida. Es interviniente en el presente recurso el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, interpuso demanda de divorcio, D. Candido , contra Dª. María Cristina , en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...dicte sentencia acordando:

1º.- *La disolución del matrimonio por divorcio.*

2º.- *Las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos:*

a) *La titularidad compartida del ejercicio de la patria potestad.*

b) *La disolución del régimen económico de gananciales que rige el matrimonio entre los cónyuges.*

c) *La Guarda y custodia de los hijos se otorga a ambos progenitores en periodos mensuales alternos. El demandante fijara su residencia en la localidad de Allariz, mismo lugar de residencia que en la actualidad tiene el matrimonio, comprometiéndose a no trasladar el mismo a otro lugar, para actuar así en interés de sus hijos menores y favorecer con la continuación de la misma vida escolar y familiar que en la actualidad poseen.*

*En los periodos vacacionales inferiores a un mes se establece que corresponde a cada progenitor el disfrute en compañía de los hijos de la mitad de los días de dichos periodos, correspondiendo los años pares su elección a la madre y en los impares al padre.*

d) *Régimen de visitas para el progenitor en periodos de no custodia. Dos fines de semana para el progenitor en el mes en el que no le corresponda la custodia, desde la salida del colegio o guardería (entre tanto no asiste desde*



las 18 horas del viernes) a las 10 horas del lunes, siendo obligación del mismo llevarlo al colegio o guardería el día de retorno.

e) *Atribución del uso de la vivienda familiar. No procede su atribución a ninguno de los cónyuges toda vez que la guarda y custodia de los hijos será compartida.*

f) *Pensión alimenticia para los hijos. Procede el establecimiento de una pensión alimenticia de 300 € mensuales para cada uno de los hijos a cargo de cada progenitor.*

g) *Pensión compensatoria a favor del cónyuge. No procede el establecimiento de pensión compensatoria a favor del cónyuge.*

3º.- *Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda.*

4º.- *La inscripción de la sentencia dictada en el Registro Civil de Allariz (Ourense)".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D<sup>a</sup>. María Cristina los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... Ley se dicte sentencia por la que se declare:

1.-*Disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio.*

2.- *La TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SEA COMPARTIDA.*

3.- *La GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS se atribuirá a la madre.*

4.- *La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar a la esposa, debiendo seguir abonando como hasta ahora el crédito hipotecario que la grava por mitad e iguales partes.*

5.- *Se establecerá un REGIMEN DE VISITAS de fines de semana alternos a favor del padre, desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las ocho de la noche, al objeto de que en función de las circunstancias en que lleguen a casa se les pueda organizar la jornada del día siguiente.*

*Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se dividirán por mitad, correspondiendo la primera parte a la madre los años pares y la segunda al padre los años impares. Pudiendo variarse de forma flexible si existe acuerdo entre los padres, por razones laborales o de otra índole.*

*Las vacaciones de verano seguirán el mismo régimen en cuanto a atribución a uno u otro progenitor, debiendo dividirse los meses en 15 días cada uno a fin de que estén con los dos ambos meses.*

6.- *Se fijará una pensión compensatoria de 1.500 euros en favor de los hijos, que supondrá la posibilidad de seguir manteniendo el mismo nivel de vida y educacional del que venían gozando, lo que supondrá 18.000 euros al año, quedando al padre la cantidad conocida aproximada de 42.000 euros.*

*Dicha prestación será actualizada anualmente conforme al Índice Oficial de Precios al Consumo, que el padre deberá hacer efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, procediendo a su ingreso en la cuenta bancaria NUM000 de la Entidad Caixa Nova de Allariz (Ourense), de la que es titular la esposa.*

7.- *No se solicita pensión alguna en favor del cónyuge, pues aunque la variación del régimen matrimonial le supone un perjuicio constatable, no desea representar ningún factor de lamentación para el marido.*

8.- *También sufragará el padre el 50 % de los gastos extraordinarios que se produzcan en relación a los dos hijos, Estibaliz y Miguel , que se reputen necesarios para la adecuada educación o salud de los menores".*

El Ministerio Fiscal, presentó escrito personándose y contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...se dicte sentencia por la que se declare la improcedencia de la separación solicitada si en el curso de la sustanciación del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se convocó a las partes a la vista que fue celebrada, habiéndose practicado la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense dictó Sentencia, con fecha 20 de mayo de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Valdiras, se decreta la disolución del matrimonio por DIVORCIO de los cónyuges D. Candido y Dña. María Cristina . Se decreta la suspensión de la vida en común entre los mismos y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica. Se decreta la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales. Se atribuye la guardia y custodia de los hijos menores a su madre Dña. María Cristina , permaneciendo conjunta la patria potestad y estableciendo el mismo régimen de visitas acordado en auto de medidas provisionales previas de 27-12-06. Se impone como pensión de alimentos a favor



de los hijos menores y a cargo de D. Candido la cantidad de 650 euros mensuales, cantidad que será ingresada en la cuenta que designe Dña. María Cristina y que se verá modificada anualmente con las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya, de forma automática.

Se decreta el pago de los gastos extraordinarios que en atención a los hijos menores se produzcan de un 60% de los mismos a cargo de D. Candido y un 40% de los mismos a cargo de Dña. María Cristina . No ha lugar a expresa condena en costas, debiendo abonar cada cónyuge las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

La representación de D. Candido , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 2 de julio de 2008 resolución declarando no haber lugar a la aclaración de sentencia "del concepto jurídico indeterminado de gastos extraordinarios".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D. Candido , D<sup>a</sup> María Cristina y el Ministerio Fiscal. Sustanciada la apelación, la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ourense dictó Sentencia, con fecha 20 de febrero de 2009, con el siguiente fallo: " Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. María Cristina y rechazo de los formulados por el Ministerio Fiscal y rechazo de los formulados por el Ministerio Fiscal y Don Candido se modifica la sentencia apelada dictada el 20 de mayo de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense , en autos de juicio de Divorcio nº 291/07, rollo de sala 627/08, en el único extremo de sustituir el régimen de visitas en ella establecido a favor del padre los martes y jueves de modo que éste podrá comunicar con sus hijos y tenerlos en su compañía los mismos días desde la salida del colegio hasta la 20 horas en que los reintegrará al domicilio materno. No se efectúa expresa imposición de las costas de la alzada".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D. Candido , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Eugenia Valeiras Magan, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, con fundamento en los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del art. 477, 2, 3<sup>a</sup> , por aplicación indebida y/o incorrecta del art. 92, apartado 8 , arts. 93, 94 y 96 del CC ., subdividiéndose este motivo en los siguientes apartados:

- A) Aplicación de una norma de vigencia inferior a 5 años y que se concreta en el apartado 8º del art. 92 del CC .
- B) Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el art. 92.8 del CC .

Por resolución de fecha 14 de abril de 2009, la Audiencia Provincial de Ourense acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora D<sup>a</sup> Myriam Alvarez del Valle Lavesque, en nombre y representación de D. Candido , en calidad de parte recurrente; el Procurador D. Javier González Fernández, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Cristina , en calidad de parte recurrida. Es interviniente en el presente recurso el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 20 de abril de 2009 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Javier González Fernández , en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Cristina , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso de casación.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el siete de julio de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos.

1º D. Candido y D<sup>a</sup> María Cristina se casaron en 2002. Tienen dos hijos.

2º En 2006 ambos cónyuges presentaron sendas demandas de divorcio que fueron acumuladas. En las medidas previas, se atribuyó la guarda y custodia a la madre por auto de 27 diciembre 2006.

3º La sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia nº 4 Ourense, de 20 mayo 2008 atribuyó la guarda y custodia a la madre, con base a los siguientes argumentos: a) el régimen de la guarda y custodia compartida es excepcional; b) "debe existir una muy buena disposición de la ex pareja a la comunicación entre ambos para que el menor o los menores no sufran" ; c) en el caso concreto, la imposición de este régimen obliga a los cónyuges a ponerse de acuerdo forzosamente y como carecen de comunicación, "esta no puede ser impuesta a golpe de



autoridad"; d) "la situación de D. Candido y de D<sup>a</sup> María Cristina demuestra que priorizan sus propios intereses sobre los de los menores; no es normal mantener una relación ante los menores a base de notas escritas y otras cuestiones ", por lo que "hablar de estilos educativos similares o no como presupuesto de la custodia compartida es absolutamente secundario, cuando falta lo principal, así como también es secundario que se den los otros presupuestos ", y e) "a pesar de que consideramos, tanto como las partes y el equipo técnico, que la solución actual no es la más adecuada, sí es la que permite la fórmula más cercana a la custodia compartida, y al hecho de que los menores tengan un referente paterno y materno similar" y a pesar de que ambos se hallan capacitados y que los niños respetan por igual a su padre y a su madre, "en las actuales circunstancias pensar que su imposición es beneficiosa para los menores porque obligaría a las partes a llegar a acuerdos es mero voluntarismo".

4º Apelaron ambos progenitores y también el Ministerio Fiscal. La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 1ª, de Ourense, de 20 febrero 2009 , mantuvo la guarda materna, por las razones que se resumen a continuación: a) las malas relaciones entre los progenitores, "indiscutibles e indiscutidas hasta el punto de que la comunicación entre ellos se limita al intercambio de notas [...]"; b) el resultado del informe pericial, que desaconsejó abiertamente la custodia compartida por ser incompatible con la situación actual; c) la inestabilidad de los menores resultante de estas diferencias, "especialmente de la pernocta en días laborables en diferentes domicilios, como vienen haciendo en la actualidad", como se pone de relieve en el propio informe; d) la inestabilidad puesta de relieve por la cuidadora de los menores que manifestó que "los niños se encuentran desubicados, que las normas son distintas en cada casa, que en una obedecen y en otra no y que los niños no se acaban de estabilizar". Añade la sentencia que " no se trata de determinar en abstracto cuál de los sistemas posibles es el más idóneo, como parece entender el recurrente aludiendo a las ventajas del que propugna (sin duda el mejor desde un punto de vista ideal cuando su adopción sea factible), sino de determinar el más favorable valorando las circunstancias concurrentes".

5º D. Candido presenta recurso de casación, fundado en el art. 477,2,3ª LEC , por concurrir interés casacional, al ser el art. 92.8 CC una norma con una vigencia menor a cinco años y existir jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales. El recurso fue admitido a trámite por auto de esta Sala de 20 abril 2010 . Figura el escrito de oposición de la Sra. María Cristina y el informe del Fiscal que interesa la estimación del recurso.

**SEGUNDO.** Antes de entrar a examinar el motivo del recurso de casación, debe esta Sala pronunciarse sobre los documentos aportados por la parte recurrida una vez se ha ya admitido el recurso de casación.

Tal como dispone el Art. 271.2 LEC , esta Sala no admite dichos documentos, porque entiende que no tienen trascendencia para la resolución de este recurso. Ordena asimismo que sean devueltos a la parte recurrida, aportante de los mismos.

**TERCERO.** El recurso se estructura en un *motivo único* , aunque contiene diversos apartados, uno de los cuales se refiere a las medidas a adoptar en el caso de que se estime. La Sala considera que se trata de un único motivo, cuyo contenido se fundamenta en el Art. 477, 2.3 LEC , es decir por presentar el asunto Interés casacional al aplicarse una norma de vigencia inferior a 5 años.

En el motivo se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art 92.8 CC , por aplicación indebida del mismo, así como por derivación de los Arts. 93, 94 y 96 CC , por cuanto existe una íntima relación de estos con el resto de las medidas adoptadas en la sentencia, respecto a la atribución del domicilio conyugal, la limitación temporal del mismo y la cuantía de los alimentos. Dice el recurrente que se niega la guarda y custodia compartida porque entre los progenitores existe una mala relación y que a juicio del recurrente resulta excepcionada por la norma alegada, que queda vacía de contenido. La Audiencia Provincial concluye que la mala relación entre los cónyuges excluye la posibilidad de guarda y custodia compartida, con lo que está excluyendo la aplicación del art. 92.8 CC . Se hace necesario fijar la doctrina jurisprudencial en este punto al objeto de precisar de forma objetiva qué causas son las "excepcionales" a que se refiere el art. 92.8 CC , dada la inexistencia de criterios en la aplicación de los presupuestos derivados de la excepcionalidad prevista en el art. 92.8 CC , porque la sentencia recurrida equipara malas relaciones entre cónyuges como imposibilidad de guarda y custodia compartida.

*El motivo se desestima.*

El texto actualmente vigente del Art. 92.8 CC , redactado por ley 15/2005 , admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio fiscal, podrá acordar

la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor".

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.

Las situaciones que prevé el art. 92 CC son:

1º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el Art. 92.6 CC.

2º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC y ello con las garantías que se establecen en el propio Art. 92 CC para proteger dicho interés.

**CUARTO.** En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. 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.

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

**QUINTO.** El catálogo de sentencias de contraste aportado por el recurrente no sirve para afirmar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Como se dice en la STS 578/2011, de 21 de julio, en un caso semejante, las Audiencias *"han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque en el fondo, podría asegurarse lo contrario, ya que todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el Art. 92. CC. En definitiva, las sentencias que aportan son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados"*.

En este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta: ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho de visitas amplio de que gozan. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTS de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011).

**SEXTO.** La desestimación de todos los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Candido contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 20 febrero 2009, determina la de su recurso de casación.

Se imponen al recurrente las costas de su recurso de casación de acuerdo con lo establecido en el art. 398.1 LEC.

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

## FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Candido contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 20 febrero 2009, dictada en el rollo de apelación nº 627/2008.

2º Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.



3º Imponer al recurrente las costas de su recurso de casación.

4º Devuélvanse a la parte recurrida los documentos aportados a este procedimiento.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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 CENDOS