



Roj: **STS 3145/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3145**

Id Cendoj: **28079110012016100449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **3698/2015**

Nº de Resolución: **433/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AV 270/2015,**
STS 3145/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 136/2015, dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 73/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ávila. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el procurador don Benjamín González López, en nombre y representación de don Blas . Ha comparecido en calidad de parte recurrida el procurador don Francisco Fernández Rosa, en nombre y representación de doña Delia . Ha sido parte el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña María Sonsoles Pérez García, en nombre y representación de don Blas formuló demanda de juicio de modificación de medidas contra de doña Delia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«Estimando íntegramente la demanda, se acuerde la modificación de las medidas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Ávila, en la sentencia de divorcio de fecha 19 de septiembre de 2011, relativas a los siguientes extremos: Régimen de guarda y custodia y pensión de alimentos fijada en favor de la hija menor de los cónyuges, Montserrat, resolviendo el paso a un régimen de guarda y custodia compartida con obligación de mantener cada uno de los progenitores al menor mientras esté en su compañía y reparto de los gastos extraordinarios en los términos detallados en los HECHOS SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO de esta demanda. A saber: "Guarda y custodia compartida". La hija menor de edad, quedará bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, por considerar este sistema el más adecuado para el buen desarrollo, educación y equilibrio emocional de la hija, lo que se llevará a efecto de conformidad a cuanto sigue: 1. Cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a la menor, serán consultadas y decididas por ambos progenitores. En este sentido se fijan como de inexcusable consenso paterno-filial las medidas que conciernan a la hija, referentes a elección de colegio, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjero en el que no vayan acompañados por algún progenitor, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, etc. En virtud del derecho-deber que tienen los progenitores de velar por la hija menor de edad, cuando se encuentren bajo la custodia de uno (guarda y custodia) u otro progenitor (régimen de visitas y estancias), deberán informarse mutuamente y de manera inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto de la menor y que tenga carácter



relevante y muy especialmente de cualquier enfermedad, favoreciendo y facilitando el contacto. Igualmente, ambos progenitores tendrán derecho a estar informados del rendimiento escolar, para lo cual, tendrán pleno derecho a asistir y recibir cuanta información requieran del Colegio donde asista la menor. Cada progenitor se responsabilizará de las tareas correspondientes al cuidado de la hija mientras la tengan en su compañía, entre ellas las domésticas, la de llevarla y recogerla al colegio y actividades extraescolares, cuidar de sus estudios y alimentación y similares. En caso de no poderse responsabilizar personalmente, cada progenitor se encargará de escoger las personas idóneas para hacerse cargo de estas actividades. Cada progenitor adoptará las decisiones cotidianas en relación a la hija en el periodo en que se encuentren en su compañía comunicándolo al otro. La hija recibirá su educación en el C.E.I.P. "El Pradillo" donde se encuentra matriculada en la actualidad. El cambio de Centro deberá realizarse de mutuo acuerdo por ambos padres en interés de la hija. La niña cursará la actividad extraescolar de gimnasia rítmica como hasta ahora. La modificación de las actividades extraescolares deberá realizarse de mutuo acuerdo por ambos padres en interés de la hija. El progenitor custodio puede decidir sobre actividades de tiempo libre de la hija en interés de ésta. 2.- La guarda y custodia se atribuye al padre y a la madre por periodos alternativos de una semana, comenzando por el padre. No se computan los meses de Julio y Agosto, y la última semana de junio y la primera de septiembre, por corresponder a estancias vacacionales. Los cambios de guarda tendrán lugar el lunes antes del inicio de la jornada escolar en el domicilio del progenitor que tenga la guarda en cada momento, procurando éste que la niña tenga dispuesto todo lo necesario (ropa, libros ...) para el cambio de custodia para el siguiente periodo. El progenitor al que corresponda la guarda se hará cargo de los costes que genere el cambio de guarda en los periodos contemplados. 3.- En el periodo en que un progenitor tenga la guarda y custodia de la menor, se establece para el otro el siguiente régimen de visitas: Durante la semana fuera de períodos vacacionales. De lunes a viernes. La menor estará con el progenitor que no tenga la guarda un día entre semana -de no acordar otra cosa ambos progenitores, será el miércoles- desde la salida del colegio, hasta las 20,30 horas, momento en el que será reintegrado en el domicilio del progenitor que tenga la guarda y custodia de la menor esa semana. Días festivos y puentes escolares fuera de períodos vacacionales. Se distribuirán por mitad entre al padre y la madre. Los años impares la madre tendrá preferencia para elegir si la menor permanece con ella o con el padre el primer festivo o puente que se presente. El siguiente, la menor permanecerá con el otro progenitor y a partir de ahí se irán alternando las estancias con uno y otro. Los puentes no se dividirán, salvo que ambos progenitores acuerden lo contrario. Se recogerá a la niña en el domicilio del padre custodio al comienzo del puente junto con la ropa y los útiles necesarios para ella y la reincorporará, si corresponde, al finalizar el puente donde fuera recogida. La festividad de El Cristo de la localidad de El Barraco, la pasará con su madre y la festividad de Santa Teresa la menor la pasará con el padre, en aquellas semanas que no les corresponde la custodia. Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa, haciéndose las siguientes puntualizaciones: Primera. La recogida de la menor será a las 11 horas del primer día de vacaciones y finalizará a las 20.30 horas del último día que corresponda al que disfruta del primer periodo, o las 20.30 horas del último día de las vacaciones escolares al que disfrute del segundo periodo. Segunda. En las vacaciones de Navidad, cada uno de los padres tendrá a la niña uno de los siguientes periodos: desde las 18.30 horas del día 24 de diciembre hasta la misma hora del día 31 de diciembre, o bien desde las 18.30 horas del día 31 de diciembre hasta las 18.30 horas del día 6 de enero. La madre elegirá los años impares. Tercera. Las vacaciones de verano comprenderán los meses de Julio y Agosto, distribuyéndose en cuatro quincenas, correspondiendo al padre elegir en los años pares los periodos que estará con la menor, y a la madre en los impares. Cuarta. Las vacaciones de Semana Santa de distribuirán en dos periodos, uno de lunes a Miércoles Santo y otro de Jueves Santo al lunes siguiente, que se adicionarán a la semana que corresponda a cada uno. Comunicaciones telefónicas. Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con su hija con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de la menor. Para el caso de que en periodo de vacaciones escolares se marchara de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que la menor efectúe la pertinente llamada telefónica. Todo ello se llevará a efecto, dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre, prioritariamente, al interés de la hija. Abono de gastos: Procede sustituir el pago de la actual pensión de alimentos a cargo del padre, que sólo tenía sentido en relación con el régimen de guarda y custodia individual, por la obligación de cada progenitor de mantener a la menor durante el tiempo que conviva con él, además de satisfacer por mitad los gastos extraordinarios, tal y como se detalla a continuación: Ambos progenitores se harán cargo de los gastos en concepto de alimentos en sentido amplio que necesite la hija cuando esté bajo la respectiva custodia de uno y otro, según el anterior régimen establecido. Los gastos de colegios, institutos, facultades o universidades de carácter Público donde curse estudios la hija, así como las matrículas, serán abonados por mitad por ambos progenitores. En el caso de Centros Privados, se sufragarán por mitad siempre que haya acuerdo por ambas partes. En caso de desacuerdo, el exceso que suponga sobre el Centro Público será sufragado por el progenitor que haya decidido que realicen los estudios en el Centro Privado que finalmente haya elegido. Los



relativos a gastos por clases extraordinarias de repaso, viajes escolares de las menores, tanto si se llevan a cabo en el mismo colegio o en un centro externo, serán a cargo, por mitad, de ambos progenitores, siempre que previamente hayan prestado su conformidad o así vengan recomendados por el centro escolar. Caso contrario, serán sufragados por el progenitor que haya decidido su realización. Otros gastos extraordinarios, en concreto aquellos de naturaleza médica necesarios, no cubiertos por la Seguridad Social ni por cualquier otra mutualidad u organismo, serán abonados por mitad por ambos progenitores. Si, tras cumplir los dieciocho años, la hija se encuentra todavía en período de formación y no pueda mantenerse por sí misma, ambos progenitores le prestarán los alimentos debidos de acuerdo con los arts. 142 y ss CC en proporción a sus respectivos recursos. Domicilios: La custodia compartida se desarrollará en los domicilios de los progenitores que figuran en el encabezamiento de la presente demanda. Cada progenitor ha de comunicar la intención de cambio de domicilio con un preaviso mínimo de dos meses. Si el cambio de domicilio fuera incompatible con las presentes medidas, ambos progenitores deberán revisarlo para adecuarlo a las necesidades de la niña, comprometiéndose el progenitor que cambia de domicilio a asumir los mayores costes económicos que puedan generarse en concepto de desplazamientos o transportes derivados del cambio de domicilio. Cualquiera de los progenitores podrá tomar cualquier decisión en caso de urgencia tales como enfermedad, accidente, hospitalización u otra circunstancia que afecte a la salud de la hija, comunicándolo inmediatamente al otro progenitor. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere a la presente demanda».

2.- La procuradora doña Pilar Palacios Martín, en nombre y representación de Doña Delia , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«Se desestime la demanda planteada de contrario, ratificándose las medidas emanadas de la sentencia de divorcio mutuo acuerdo n.º 509/2011».

3.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas que se consideraron pertinentes con el resultado obrante en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ávila dictó sentencia el 7 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando en parte la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Pérez García, en nombre y representación de Don Blas , frente a Doña Delia que actuó representada por la Procuradora Sr. Palacios Martín, debo acordar y acuerdo la modificación de las siguientes medidas acordadas en sentencia dictada en autos n.º 509/11 de fecha 19 de septiembre de 2011 : 1.- Ampliar el régimen de visitas que venía acordado a favor del padre, en el siguiente sentido: 1.- Fines de semana alternos desde el viernes que será recogida a la salida del colegio por el padre hasta el lunes en que será reintegrada por éste al Colegio. 2.- visitas intersemanales con pernocta que en defecto de acuerdo de los padres serán los lunes y jueves. A.- Cuando no corresponda el fin de semana al padre, desde la salida del colegio los lunes y jueves en que será recogida por el padre hasta la mañana siguiente que será reintegrada al colegio por el padre. B.- Cuando corresponda el fin de semana al padre, desde la salida del colegio el jueves en que éste recogerá a la menor, permaneciendo con el mismo hasta el martes de la semana siguiente, en que será recogida por la madre a la salida del colegio. El padre llevará al colegio a la niña, tanto el viernes como el lunes y el martes. Realizando la menor sus correspondientes actividades extraescolares. 3.- Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana y unida a esta por un puente reconocido en el centro escolar al que acuda la menor, se considerará este periodo agregado al fin de semana y, en su consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana. Los días de fiesta intersemanales se disfrutarán por cada uno de los progenitores en función del régimen de visitas ordinario que corresponda. 4.- El progenitor que corresponda la preferencia de la elección del turno del periodo vacacional deberá notificar al otro progenitor con la mayor antelación posible, y en todo caso antes del 1 de junio para las vacaciones de verano, al 8 de diciembre para las de Navidad y quince días antes de su inicio las de Semana Santa. Manteniéndose en lo demás al régimen de visitas que venía acordado respecto de la entrega y recogida de la menor, comunicaciones telefónicas, y modificaciones. 2.- Los gastos de vestido y calzado correspondientes a la menor se incluirán dentro del importe de la pensión alimenticia, quedando sin efecto la siguiente obligación. El padre, progenitor, contribuirá igualmente y por mitad a los gastos de vestido y calzado previa justificación documental de los ticket de su importe por la madre».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de don Blas , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ávila, que dictó sentencia el 20 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:



«Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don Blas contra la sentencia de fecha 7 de Mayo de 2015 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ávila, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma acordando que la niña pasará con el padre la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Se desestima el recurso interpuesto por doña Delia. Cada parte abonará sus propias costas en esta alzada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La procuradora doña María Sonsoles Pérez García, en nombre y representación de don Blas, interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en un único motivo: Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3º LEC, por infracción del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código civil, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 noviembre de 1989, el artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 2 y 11. 2.a) de la LO1/1996, del 15 enero, de protección Jurídica del Menor, y oposición la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las que fecha 29 abril 2013, 25 noviembre 2013, 29 noviembre 2013, 17 diciembre 2013, 25 abril 2014, 16 febrero 2015, 9 septiembre 2015 y 14 octubre 2015.

2.- La Sala dictó auto el 17 de febrero de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Blas, contra la sentencia dictada con fecha 20 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 136/2015, dimanante de los autos de juicio de modificación de mediadas número 73/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ávila. 2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS».

3.- Dado traslado a las partes, el procurador don Francisco Fernández Rosa, en nombre y representación de doña Delia formuló oposición al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal interesó la estimación de dicho recurso.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 14 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que exponemos a continuación:

1.- Don Blas formuló demanda de modificación de las medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio seguido en su día y finalizado por sentencia de 19 de septiembre de 2011, postulando que la guarda y custodia de la menor Montserrat sea compartida.

2.- La sentencia de primera instancia, sin desconocer la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, con cita de sentencias actuales, y destacando el interés superior del menor a la hora de decidir sobre ella, la deniega, tomando en consideración el Informe del Equipo Psicosocial, pues «si bien en principio ambos progenitores en condición de igualdad ostentan cualidades suficientes para atender a las necesidades de la menor, sin embargo entre ellos existe un nivel de desacuerdo que permite inferir que la custodia compartida no sería una solución para el bienestar de la menor...». Ahora bien si decide una ampliación del régimen de visitas, con una regulación detallada y generosa de las mismas, pernocta incluida.

3.- El actor interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo su conocimiento a la Sección número 1 de la Audiencia Provincial de Avila que dictó sentencia el 20 de octubre de 2015 confirmando la denegación de la guarda y custodia compartida.

4.- La sentencia motiva su decisión con los siguientes argumentos: (i) Se trata de una niña nacida el NUM000 2008, sin que exista acuerdo entre las partes de que la guarda y custodia sea compartida; (ii) El informe del equipo psicosocial no considera que dicho régimen se ha adecuado por falta de comunicación entre los progenitores; (iii) La relación entre ellos no es fluida, haciéndose mención a las manifestaciones de la madre sobre las causas que llevaron a la ruptura conyugal, por entenderse criticada en todo y anulada; (iv) La ausencia de buena relación no es favorable para la niña y prueba de esa mala relación es que continúan de hecho las denuncias y los desacuerdos.

5.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación el actor, articulando un solo motivo, por oposición a la doctrina de esta Sala sobre los artículos 92. 8 y 9 CCv.



6.- La Sala dictó auto el 17 de febrero de 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso al mismo la parte recurrida, alegando, con carácter prioritario, la inadmisibilidad del recurso.

7.- El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso, pues no se desprende de la causa, ni se recoge en las sentencias de primera Instancia y apelación, que la mala relación entre sus progenitores haya afectado a la menor, único caso en que podría rechazarse por tal motivo.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

Se formula al amparo de lo establecido en el artículo 477.2. 3ª LEC, por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 CC, en relación con el artículo 3. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el artículo 39, el artículo 2 y 11.2 a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las de fechas 29 de abril de 2013, 25 de noviembre de 2013, de 29 de noviembre de 2013, de 17 de diciembre de 2013, 25 de abril de 2014, 6 de febrero de 2015, 9 de septiembre de 2015 y 14 de octubre de 2015.

En el desarrollo argumental del motivo alega el recurrente que la sentencia recurrida aplica de manera incorrecta el principio de protección del interés del menor con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al menor, produciéndose interés casacional por cuanto la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que debe declararse infringida. En esencia en esta se consagra como régimen normal incluso deseable, siempre que ello sea posible, y en tanto en cuanto lo sea.

Solicita como plan contradictorio de la guarda y custodia compartida el siguiente:

«1.- Custodia Compartida. Que la hija menor de edad Montserrat quedará bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, por períodos alternativos de una semana, comenzando por el padre. No se computan las estancias vacacionales, conforme al calendario escolar de la menor. Los cambios de guarda tendrán lugar el lunes antes del inicio de la jornada escolar en el domicilio del progenitor que tenga la guarda en cada momento, procurando éste que la niña tenga dispuesto todo lo necesario a, libros,...) para el cambio de custodia para el siguiente periodo.

» 2.- Régimen de visitas y comunicaciones. En el período en que un progenitor tenga la guarda y custodia de la menor, se establece para el otro el siguiente régimen de visitas: La menor estará con el progenitor que no tenga la guarda un día entre semana- de no acordar otra cosa ambos progenitores, será el miércoles- desde la salida del colegio, hasta las 20,30 horas, momento en el que será reintegrado en el domicilio del progenitor que tenga la guarda y custodia de la menor esa semana.

» Días festivos y puentes escolares fuera de períodos vacacionales. Se distribuirán por mitad entre el padre y la madre. Los años impares la madre tendrá preferencia para elegir si la menor permanece con ella o con el padre el primer festivo o puente que se presente. El siguiente, la menor permanecerá con el otro progenitor y a partir de ahí se irán alternando las estancias con uno y otro. Los puentes no se dividirán, salvo que ambos progenitores acuerden lo contrario. Se recogerá a la niña en el domicilio del padre custodio al comienzo del puente junto con la ropa y los útiles necesarios para ella y la reincorporará, si corresponde, al finalizar el puente donde fuera recogida. La festividad de El Cristo de la localidad de El Barraco, la pasará con su madre y la festividad de Santa Teresa la menor la pasará con el padre, en aquellas semanas que no les corresponde la custodia.

» Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa, haciéndose las siguientes puntualizaciones Primera. La recogida de la menor será a las 11 horas del primer día de vacaciones y finalizará a las 20,30 horas del último día que corresponda al que disfrutas del primer período, o las 20,30 horas del último día de las vacaciones escolares al que disfrute del segundo período. Segunda. En las vacaciones de Navidad, cada uno de los padres tendrá a la niña uno de los siguientes periodos: desde las 18,30 horas del día 24 de diciembre hasta la misma hora del día 31 de diciembre, o bien desde las 18,30 horas del día 31 de diciembre hasta las 18,30 horas del día 6 de enero. La madre elegirá los años impares. Tercera. Las vacaciones de verano comprenderán los meses de Julio y Agosto, distribuyéndose en cuatro quincenas, correspondiendo al padre elegir en los años pares los períodos que estará con la menor, y a la madre en los impares. Cuarta. Las vacaciones de Semana Santa se



distribuirán en dos períodos, uno de lunes a miércoles Santo y otro de Jueves Santo al lunes siguiente, que se añadirán a la semana que corresponda a cada uno.

» Comunicaciones telefónicas. Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con su hija con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de la menor. Para el caso de que en periodo de vacaciones escolares se marchara de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que la menor efectúe la pertinente llamada telefónica. Todo ello se llevará a efecto, dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre, prioritariamente, al interés de la menor.

» 3.- Abono de gastos. Cada progenitor deberá mantener a la menor durante el tiempo que conviva con él, además de satisfacer por mitad los gastos extraordinarios, tal y como se detalla a continuación: Los gastos de colegios, institutos, facultades o universidades de carácter Público donde curse estudios la hija, así como las matrículas, serán -abonados por mitad por ambos progenitores. En el caso de Centros Privados, se sufragaran por mitad siempre que haya acuerdo por ambas partes. En caso de desacuerdo, exceso que suponga sobre el Centro Público será sufragado por el progenitor que haya decidido que realicen los estudios en el Centro Privado que finalmente haya elegido. Los relativos a gastos por clases extraordinarias de repaso, viajes escolares de las menores, tanto si se llevan a cabo en el mismo colegio o en un centro externo, serán a cargo, por mitad, de ambos progenitores, siempre que previamente hayan prestado su conformidad o así vengan recomendados por el centro escolar. Caso contrario, serán sufragados por el progenitor que haya decidido su realización. Otros gastos extraordinarios, en concreto aquellos de naturaleza médica necesarios, no cubiertos por la Seguridad Social ni por cualquier otra mutualidad u organismo, serán abonados por mitad por ambos progenitores. Si, tras cumplir los dieciocho años, la hija se encuentra todavía en período de formación y no pueda mantenerse por sí misma, ambos progenitores le prestarán los alimentos debidos de acuerdo con los arts. 142 y ss CC en proporción a sus respectivos recursos.

» 4.- Domicilios. La custodia compartida se desarrollará en los domicilios de los progenitores que figuran en el encabezamiento de la presente demanda. Cada progenitor ha de comunicar la intención de cambio de domicilio con un preaviso mínimo de dos meses. Si el cambio de domicilio fuera incompatible con las presentes medidas, ambos progenitores deberán revisarlo para adecuarlo a las necesidades de la niña, comprometiéndose el progenitor que cambia de domicilio a asumir los mayores costes económicos que puedan generarse en concepto de desplazamientos o transportes derivados del cambio de domicilio. Cualquiera de los progenitores podrá tomar cualquier decisión en urgencia tales como enfermedad, accidente, hospitalización u otra circunstancia que afecte a la salud de la hija, comunicándolo inmediatamente al otro progenitor.»

TERCERO.- Admisibilidad del recurso.

1. Tiene declarado la Sala como doctrina (SSTS de 3 de mayo de 2016 , 30 de diciembre de 2015) que «en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos sólo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca como este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 de septiembre , 623/2009, de 8 de octubre , 469/2011, de 7 de julio , 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 de marzo , 579/2011, de 22 de julio , 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 de mayo)». La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste» (STS de 27 de abril de 2012 , citada en la STS 370/2013). Se insiste en que en materia de la determinación del régimen de la guarda y custodia el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

2.- Ahora bien, cuando la valoración jurídica de la sentencia recurrida pueda contradecir la doctrina de la Sala, sin que sea preciso alterar el *factum*, sí cabe admitir el recurso de casación para la oportuna revisión de la misma. De ahí que, siendo ésta la razón de ser del presente recurso, sea correcta su admisión.

CUARTO.- Consideraciones sobre la guarda y custodia compartida.

1.- Según citábamos en la sentencia de 3 de mayo de 2016, Rc. 1099/2015, la Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 y 9 de marzo de 2016 , entre las recientes) ya que con dicho sistema (SSTS 25 de noviembre de 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre 2015 y 17 de marzo de 2016 , entre otras):

(i) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

(ii) Se evita el sentimiento de pérdida.



(iii) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

(iv) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Por tanto, no tiene sentido, con la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, cuestionar la bondad objetiva del sistema.

2.- En sintonía con lo anterior se ha de partir (SSTS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013) de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser lo normal y deseable, señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013 , 25 de abril de 2014 , 22 de octubre de 2014, Rc. 164/2014) 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, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas, ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal

Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor.

3.- Partiendo de ello (STS de 9 de marzo de 2016) la cuestión a dilucidar en cada caso concreto será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia. Este interés, que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquel (SSTS de 19 de julio de 2013 ; 2 de julio de 2014 ; 9 de septiembre de 2015).

4.- Como relevante para el supuesto que se enjuicia se han de traer a colación dos circunstancias que han merecido la atención de la Sala: (i) Como recoge la sentencia de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014 , cabe decir, en palabras de la sentencia de 28 de enero de 2016, Rc. 2205/2014 , que «la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.» (ii) Es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, Rc. 1359/2013 , a que hace mención la de 17 de julio de 2015, Rc. 1712/2014 , afirma que «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 efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad». Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

QUINTO.- Decisión de la Sala.

Si se aplica la doctrina mencionada y citada al supuesto enjuiciado el motivo debe estimarse.

1.- Si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad. La mala relación entre las partes se circunscribe, por lo atinente a la menor, a las múltiples denuncias interpuestas por la recurrida por incumplimientos horarios relacionados con el régimen de visitas. Con independencia de que en derecho penal rija el principio de intervención mínima, por lo que el encaje adecuado de las diferencias entre las partes deban dilucidarse en el procedimiento civil, lo que es indudable es que la conflictividad no está en función del régimen que se elija, pues sea uno u otro, la recogida y entrega de la menor existe, y sólo el compromiso y seriedad de los progenitores la pueden evitar.

2.- Por tanto, la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican per se que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los



desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio. Sin embargo en la sentencia recurrida no se motiva tal perjuicio.

Si se atiende al informe psicosocial se aprecia que la menor afirma estar bien con su padre, que le ofrece un cuidado adecuado. Asimismo afirma estar bien con su madre. Cuando mejor expresa la necesidad que tiene de ambos es cuando expresa su deseo de «que ambos progenitores vivan juntos». Como ello no es posible el régimen que más se asimila es el de guarda y custodia compartida.

El informe no detecta en ningún progenitor incapacidad para el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda y custodia, sin que ofrezca respuesta motivada sobre qué perjuicio habría para la menor si fuese compartida.

3.- Por todo ello se estima el motivo, debiéndose estar, salvo que recaiga acuerdo entre las partes, al proyecto presentado por el recurrente, al ser el único plan que se ha ofrecido y postulado en la demanda y reiterado en el presente recurso de casación.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en en los artículos 394.1 y 398.1 LEC no se imponen las costas del recurso a la parte recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por don Blas contra la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 136/2015, dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 73/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ávila. **2.º** Como consecuencia de su estimación se acuerda la guarda y custodia compartida de la menor, que se llevará a cabo en los siguientes términos: a).- Custodia Compartida. Que la hija menor de edad Montserrat quedará bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, por períodos alternativos de una semana, comenzando por el padre. No se computan las estancias vacacionales, conforme al calendario escolar de la menor. Los cambios de guarda tendrán lugar el lunes antes del inicio de la jornada escolar en el domicilio del progenitor que tenga la guarda en cada momento, procurando éste que la niña tenga dispuesto todo lo necesario a, libros,...) para el cambio de custodia para el siguiente periodo. b).- Régimen de visitas y comunicaciones. En el período en que un progenitor tenga la guarda y custodia de la menor, se establece para el otro el siguiente régimen de visitas: La menor estará con el progenitor que no tenga la guarda un día entre semana- de no acordar otra cosa ambos progenitores, será el miércoles- desde la salida del colegio, hasta las 20,30 horas, momento en el que será reintegrado en el domicilio del progenitor que tenga la guarda y custodia de la menor esa semana. Días festivos y puentes escolares fuera de períodos vacacionales. Se distribuirán por mitad entre el padre y la madre. Los años impares la madre tendrá preferencia para elegir si la menor permanece con ella o con el padre el primer festivo o puente que se presente. El siguiente, la menor permanecerá con el otro progenitor y a partir de ahí se irán alternando las estancias con uno y otro. Los puentes no se dividirán, salvo que ambos progenitores acuerden lo contrario. Se recogerá a la niña en el domicilio del padre custodio al comienzo del puente junto con la ropa y los útiles necesarios para ella y la reincorporará, si corresponde, al finalizar el puente donde fuera recogida. La festividad de El Cristo de la localidad de El Barraco, la pasará con su madre y la festividad de Santa Teresa la menor la pasará con el padre, en aquellas semanas que no les corresponde la custodia. Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa, haciéndose las siguientes puntualizaciones Primera. La recogida de la menor será a las 11 horas del primer día de vacaciones y finalizará a las 20,30 horas del último día que corresponda al que disfrutas del primer período, o las 20,30 horas del último día de las vacaciones escolares al que disfrute del segundo período. Segunda. En las vacaciones de Navidad, cada uno de los padres tendrá a la niña uno de los siguientes periodos: desde las 18,30 horas del día 24 de diciembre hasta la misma hora del día 31 de diciembre, o bien desde las 18,30 horas del día 31 de diciembre hasta las 18,30 horas del día 6 de enero. La madre elegirá los años impares. Tercera. Las vacaciones de verano comprenderán los meses de Julio y Agosto, distribuyéndose en cuatro quincenas, correspondiendo al padre elegir en los años pares los períodos que estará con la menor, y a la madre en los impares. Cuarta. Las vacaciones de Semana Santa se distribuirán en dos períodos, uno de lunes a miércoles Santo y otro de Jueves Santo al lunes siguiente, que se adicionarán a la semana que corresponda a cada uno. Comunicaciones telefónicas. Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con su hija con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de la menor. Para el caso de que en periodo de vacaciones escolares se marchara de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que la menor efectúe la pertinente llamada telefónica. Todo ello se llevará a efecto, dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre,



prioritariamente, al interés de la menor. c).- Abono de gastos. Cada progenitor deberá mantener a la menor durante el tiempo que conviva con él, además de satisfacer por mitad los gastos extraordinarios, tal y como se detalla a continuación: Los gastos de colegios, institutos, facultades o universidades de carácter Público donde curse estudios la hija, así como las matrículas, serán - abonados por mitad por ambos progenitores. En el caso de Centros Privados, se sufragaran por mitad siempre que haya acuerdo por ambas partes. En caso de desacuerdo, exceso que suponga sobre el Centro Público será sufragado por el progenitor que haya decidido que realicen los estudios en el Centro Privado que finalmente haya elegido. Los relativos a gastos por clases extraordinarias de repaso, viajes escolares de las menores, tanto si se llevan a cabo en el mismo colegio o en un centro externo, serán a cargo, por mitad, de ambos progenitores, siempre que previamente hayan prestado su conformidad o así vengán recomendados por el centro escolar. Caso contrario, serán sufragados por el progenitor que haya decidido su realización. Otros gastos extraordinarios, en concreto aquellos de naturaleza médica necesarios, no cubiertos por la Seguridad Social ni por cualquier otra mutualidad u organismo, serán abonados por mitad por ambos progenitores. Si, tras cumplir los dieciocho años, la hija se encuentra todavía en período de formación y no pueda mantenerse por sí misma, ambos progenitores le prestarán los alimentos debidos de acuerdo con los arts. 142 y ss CC en proporción a sus respectivos recursos. d).- Domicilios. La custodia compartida se desarrollará en los domicilios de los progenitores que figuran en el encabezamiento de la presente demanda. Cada progenitor ha de comunicar la intención de cambio de domicilio con un preaviso mínimo de dos meses. Si el cambio de domicilio fuera incompatible con las presentes medidas, ambos progenitores deberán revisarlo para adecuarlo a las necesidades de la niña, comprometiéndose el progenitor que cambia de domicilio a asumir los mayores costes económicos que puedan generarse en concepto de desplazamientos o transportes derivados del cambio de domicilio. Cualquiera de los progenitores podrá tomar cualquier decisión en urgencia tales como enfermedad, accidente, hospitalización u otra circunstancia que afecte a la salud de la hija, comunicándolo inmediatamente al otro progenitor. 3.º No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto