



Roj: **STS 709/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:709**

Id Cendoj: **28079110012017100124**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2017**

Nº de Recurso: **943/2016**

Nº de Resolución: **135/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 28 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso n.º 488/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Majadahonda, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Erasmo , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don José M.ª Rico Maesso; siendo parte recurrida doña Carmen , representada por el Procurador de los Tribunales don Alberto Cardena Fernández. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º.- El procurador don José María Rico Maesso, en nombre y representación de don Erasmo , interpuso demanda de juicio sobre demanda de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, contra doña Carmen y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«La disolución por divorcio del matrimonio.

»La revocación de poderes y consentimientos entre los cónyuges.

»Que la guarda y custodia de los hijos menores sea compartida por ambos progenitores dado que esta parte considera que es el único camino para proteger el interés superior de los mismos, y dado que la relación de los niños con ambos progenitores es favorable, considerando injusto tanto para ellos como para sus progenitores que sólo uno de ellos obtuviera la guarda y custodia. Las medidas solicitadas en este sentido son las siguientes:

»Los menores estarán en compañía de cada progenitor por semanas alternativas, de modo que desde el primer día hasta el último de la semana estarán con cada uno de sus progenitores, sucesivamente, a excepción de los periodos vacacionales de Verano, Navidad y Semana Santa, siendo el progenitor al que le toque disfrutar la semana correspondiente el que recoja a los menores el primer día de la semana lunes a la salida del colegio.

»El día del cumpleaños de los progenitores y del padre y de la madre, los niños podrán trasladarse al domicilio del progenitor cuyo cumpleaños o festividad se celebra, y podrá pasar todo el día en su compañía, desde la salida del colegio hasta las 20 horas en caso de día de colegio, y desde las 10 de la mañana hasta las 21 horas en caso de fin de semana o día festivos

»Las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, coincidirán con las establecidas en el calendario escolar, pudiendo cada progenitor gozar de la compañía de los menores la mitad de dichos periodos vacacionales,



distribuyéndose en dos periodos de igual duración, a elección de cada periodo el padre los años pares y la madre los impares, momento en el que quedará en suspenso el régimen de custodia compartida.

»En lo referente a las vacaciones de Navidad, se disfrutarán conforme las vacaciones escolares, y serán divididas a la mitad, correspondiendo la elección de los años pares al padre y los años impares a la madre. El progenitor, en el periodo que le corresponda, recogerá a los menores bien a la salida del colegio último día lectivo hasta el día 31 de diciembre a las 12:00 horas, o bien en el domicilio del otro progenitor a las 12 horas día 31 de diciembre si le correspondiera el segundo periodo, integrándoles el día de inicio del colegio al mismo.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirá en dos periodos de igual duración, correspondiendo los años impares al padre y los pares a la madre.

»Respecto a las vacaciones escolares de Verano, corresponderá la mitad a cada uno de los progenitores, según Calendario Escolar, se considerará que las vacaciones escolares de verano comienzan el día que finaliza el curso el primer periodo hasta el 31 de julio a las 20 horas y el segundo periodo desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el día que comienza el colegio, correspondiendo elegir al padre los años pares y a la madre los años impares.

»Respecto a los alimentos cada progenitor sufragará los mismos durante el tiempo que los menores permanezcan en su compañía, abonando al 60% el padre y el 40% la madre todos los gastos que conlleven su educación, considerando que los mismos serán: colegio, clases extraescolares, uniforme y libros de texto, debiendo Sufragar los demás gastos que se generen cada uno durante el tiempo que le correspondan los menores.

»Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con sus hijos, dirección y teléfono.

»Todo ello con la expresa imposición de las costas a la parte si se opusiere a las pretensiones de esta demanda».

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

2.- El procurador don Alberto Cardeña Fernández, en nombre y representación de doña Carmen , 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:

«se decrete y acuerde la disolución del vínculo matrimonial (divorcio), y demás medidas definitivas que se contienen en el cuerpo de la presente contestación a la demanda, y demás pronunciamientos que correspondan a favor de nuestra representada».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Majadahonda dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que, debo DECLARAR y DECLARO disuelto por causa de divorcio el matrimonio contraído por D.ª Carmen y D. Erasmo .

»Se establecen como medidas reguladoras del divorcio las siguientes:

»1) Quedan revocados todos los consentimientos y poderes que los cónyuges pudieran darse en beneficio del otro.

»2) Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio a la madre, ejercitando conjuntamente ambos padres la patria potestad.

» No procede hacer pronunciamiento sobre el domicilio familiar, continuando los progenitores residiendo en sus actuales domicilios.

» 3) Como régimen de visitas el padre podrá estar en compañía de sus hijos:

» Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, donde serán recogidos los menores por el padre, hasta el lunes por la mañana donde serán reintegrados por éste en el centro escolar al que acudan.

» Dos tardes a la semana que, en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves, desde la salida del colegio, donde serán recogidos por el padre, hasta las 20,00 horas en el caso de los martes con entrega en el domicilio materno, y hasta el día siguiente viernes por la mañana en el caso de los jueves, en que el padre reintegrara a los menores en el centro escolar al que acudan.



» El día del cumpleaños de los progenitores y día del padre y de la madre, los niños podrán trasladarse al domicilio del progenitor cuyo cumpleaños o festividad se celebra, y podrá pasar todo el día en su compañía, desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas en caso de día de colegio, y desde las 10 de la mañana hasta las 21 horas en caso de fin de semana o día festivo.

» Vacaciones escolares de Navidad: se disfrutarán conforme las vacaciones escolares y serán divididas a la mitad, correspondiendo la elección de los años impares al padre y los años pares a la madre. El progenitor, en el periodo que le corresponda, recogerá a los menores bien a la salida del colegio el último día lectivo hasta el día 31 de diciembre a las 12,00, o bien en el domicilio del otro progenitor a las 12 horas del día 31 de diciembre si le correspondiera el segundo periodo, reintegrándoles el día de inicio del colegio al mismo.

» Vacaciones escolares de Semana Santa: se dividirán en dos periodos de igual duración, siendo el primer día el último día lectivo a la salida del colegio, y el último, las 20,00 horas del día anterior al inicio de las clases.

La elección en defecto de acuerdo corresponderá al padre en los años impares y a la madre en los años pares.

» Vacaciones escolares de Verano: corresponderá la mitad a cada uno de los progenitores, según calendario escolar, se considerará que el primer periodo comprende desde la salida del colegio el último día lectivo hasta el día 31 de julio a las 20 horas, y el segundo periodo desde las 20 horas del día 31 de julio hasta las 20 horas del día anterior al inicio del curso escolar. En defecto de acuerdo le corresponderá elegir al padre en los años impares y a la madre en los años pares.

» En los periodos vacacionales quedará en suspenso el régimen de visitas ordinario.

» Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacaciones el lugar donde se encuentren con sus hijos, dirección y un teléfono de contacto.

» 4) En concepto de alimentos a favor de los hijos menores del matrimonio, el Sr. Erasmo deberá abonar la cantidad de 800 €, que deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que será anualmente actualizada según las variaciones que experimente el Índice General de Precios al Consumo (I.P.C).

» Los gastos extraordinarios de los menores deberán ser abonados por ambos progenitores, correspondiendo al padre el 60% y a la madre el 40% del importe, previa presentación de la correspondiente factura y acuerdo entre ambos o autorización judicial en su defecto, entendiéndose como tales los médicos y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro de salud que pudieran tener los menores, las actividades extraescolares de los menores y cualquier otro al que las partes dieren tal consideración.

» 5) Se declara la disolución del régimen económico matrimonial.

» No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Erasmo . La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Erasmo , representado por el procurador don José María Rico Maesso, contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Majadahonda , en autos de divorcio numero 488/11, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución; todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Erasmo , con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Infracción del artículo 92 del Código Civil , por aplicación indebida, en relación con el artículo 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de Octubre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Alberto Cardeña Fernández, en nombre y representación de doña Carmen , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de Febrero de 2017, en que tuvo lugar



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se formula contra la sentencia que confirma la del juzgado y desestima la pretensión de la parte ahora recurrente de que se establezca la guarda y custodia compartida de sus dos hijos menores, Carlos María y Andrés , nacidos el día NUM000 de 2004 y el NUM001 de 2008, respectivamente. Lo hace con el siguiente argumento:

«El demandante, Erasmo , tiene capacidad para cuidar y educar a los hijos y ha tenido dedicación a ello, tiene buena vinculación afectiva con éstos y el domicilio de los litigantes está próximo. Asimismo, ambos estilos educativos son compatibles. Así, en el informe pericial fechado el 23 de mayo de 2012 que obra del folio 171 al 181 ambos inclusive se recoge que la actora no transmite diferencias sustanciales en ambos estilos, si bien percibe el padre como más estricto en la imposición de normas y límites y más despreocupado por la supervisión de las tareas escolares. Todas las circunstancias expuestas son favorables para el establecimiento de una guarda y custodia compartida, Asimismo, el horario laboral del padre no es un obstáculo insalvable, pues cuenta con la colaboración de familiares y terceras personas. Así, en el informe pericial se afirma (folio 179) que ambos progenitores cuentan «con adecuada red de apoyo social para ayudarles en las tareas de cuidado y atención de los menores», y la comunicación entre los progenitores, aunque no es la deseable, no tiene una conflictividad alta entre ellos».

A pesar de lo expuesto, no accede a conceder esta sistema de guarda, porque «no consta que sea lo más beneficioso para los menores, tal y como exige el artículo 92.8 del Código Civil . Así, en el informe pericial citado se pone de manifiesto que los menores se encuentran básicamente adaptados a las distintas áreas de su vida escolar, personal social y familiar y que toda modificación sobre la situación actual supondría un esfuerzo de readaptación en los menores sin justificación técnica en el momento actual. En el recurso de apelación se esgrime que «el que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedir la custodia compartida», ante lo cual, añade, «hay que señalar que ello es posible, pero para cambiar un sistema de guarda exclusiva que ha funcionado correctamente a uno de guarda y custodia compartida, se requiere que éste sea más beneficioso, lo cual no acontece en el caso enjuiciado».

SEGUNDO.- El recurso se formula con un motivo único por infracción del artículo 92 del CC , por aplicación indebida, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en oposición a la jurisprudencia de esta sala que consagra en interés del menor como principio básico en la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, recogida en las sentencias que cita.

Se ha opuesto la parte recurrida al recurso porque no se aporta el texto de las sentencias en las que pretende apoyar el interés casacional y porque no respeta la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida al señalar que el régimen de custodia interesado no es el más beneficioso para el menor.

A lo expuesto debe decirse lo siguiente: en primer lugar este óbice procesal ya ha sido implícitamente desestimado en el auto de admisión. En segundo lugar, la sala conoce la jurisprudencia que se cita con absoluta corrección en el motivo y, en tercer lugar, en modo alguno se cuestiona la prueba practicada, mucho menos aquella de la que se deduce el interés del menor sin concretar ni definir en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración, salvo por remisión a un sistema impuesto en el auto de medidas provisionales que al parecer ha funcionado. Lo que se pretende en el recurso es que, con los mismos hechos que la sentencia tuvo en cuenta para deducir este interés, se haga una valoración jurídica distinta, que es lo que esta sala va a hacer al no haberse protegido correctamente el mismo teniendo en cuenta 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» (sentencias 261/2012, de 27 de abril ; 750/2015, de 30 de diciembre , entre otras)

En efecto, los hechos que la sentencia valora no solo ponen en evidencia la procedencia de este sistema de guarda y custodia de los menores, sino que llega incluso a reconocerlo («todas las circunstancias expuestas son favorables para el establecimiento de una guarda y custodia compartida», señala), para luego negarlo, tomando como referencia un informe pericial que no hace sino "entronizar" la rutina como causa de denegación de la custodia compartida, en palabras de la sentencia 55/2016, de 11 de febrero . Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de los mismos (sentencias de 18 de noviembre de 2011 ; 9 de septiembre 2015), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor.

En primer lugar , el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin



atender las etapas del desarrollo de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus padres, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual (sentencias 757/2013 de 29 de noviembre ; 616/2914, 18 de noviembre).

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos» (sentencias 757/2013, 29 de noviembre ; 761/2013, 12 de diciembre ; 616/2014, 18 de noviembre ; 390/2015, 26 de junio).

En tercer lugar, el esfuerzo en la readaptación de los menores que resultan del régimen impuesto en el auto de medidas no solo no es especialmente significativo, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable, más allá de lo que la sentencia considera «presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos», a través de un sistema ordinario de régimen de visitas.

Esta sala ha reiterado que la interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 257/2013 de 29 de abril 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».

La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dicen las sentencias de 545/2016, de 16 de septiembre , y 638/2016, de 26 de octubre 2016 , está en función y se orienta en interés del menor; 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 , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de 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.

TERCERO.- La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios para acordar la custodia compartida, conforme resulta de los hechos que la misma sentencia pone en evidencia. Se ha infringido el art. 92 del C. Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla, por lo que deberá ser casada, 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.

Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han podido cambiar después de la presentación de la demanda (año 2011) hasta la resolución de este recurso, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, en atención a los recursos de cada uno de ellos, resuelto como está el problema del uso de la vivienda familiar, si bien se establecen las siguientes bases:

1ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños, atendiendo a los periodos vacacionales de verano, navidad y semana santa.

2ª.- No se podrá separar a los dos hermanos.



3ª.- Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en atención a los recursos económicos de cada uno de ellos, así como su contribución a los gastos extraescolares.

4ª.- Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

CUARTO. - No procede expresa imposición de costas en el recurso. Se mantienen los pronunciamientos sobre costas, de las instancias (artículos 394 y 398 LEC).

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 la representación legal de D. Erasmo contra sentencia de 18 de enero de 2016 de la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º-** Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores Carlos María y Andrés , por parte de su padre y madre. **3.º-** Se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases: a) Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños, atendiendo a los periodos vacacionales de verano, navidad y semana santa. b) No se podrá separar a los dos hermanos. c) Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores. d) Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal. **4.º** - No procede expresa imposición en las costas de la casación. No procede imposición de costas en las instancias. 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.