



Roj: **STS 1167/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1167**

Id Cendoj: **28079110012018100176**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2018**

Nº de Recurso: **3079/2017**

Nº de Resolución: **194/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 749/2017,**
STS 1167/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 194/2018

Fecha de sentencia: 06/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3079/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3079/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 194/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 6 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2017, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, recurso de apelación núm. 597/2016, dimanante de autos de juicio sobre divorcio núm. 478/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Guadix.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D. Belarmino representado por el procurador D. Antonio Delgado Martínez, bajo la dirección letrada de D. Sergio Fernández Rodríguez.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida Dña. Ruth representada por el procurador D. Pablo Rodríguez López y bajo la asistencia del Letrado D. Manuel Joaquín López Hidalgo y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Antonio Delgado Martínez en nombre y representación de D. Belarmino formuló demanda de divorcio, contra Dña. Ruth y en el suplico de su demanda solicitó:

«[...] se dicte Sentencia por la que se declare como medidas definitivas las siguientes:

»1.- La disolución del matrimonio formado por D. Belarmino y Dña. Ruth, por divorcio, con todas las medidas dispuestas por ley derivadas de dicha declaración, declarando la disolución de la sociedad legal de gananciales que viene rigiendo el matrimonio.

»2.- Se determine que corresponde a ambos progenitores la guarda y custodia compartida de los hijos comunes, Epifanio y Evaristo, que convivirán con la madre y con el padre en quincenas alternas, compartiendo ambos el cuidado de custodia. Siendo la patria potestad ejercida y compartida entre ambos progenitores.

»- El día en que finalice la quincena, el progenitor que tenga a los hijos los dejará en el domicilio del otro progenitor a las 20:00 horas.

»3.- Se determine que no procede fijar a cargo de ninguna de las partes pensión alimenticia para los hijos comunes; sino que el padre y la madre se ocuparán cada uno de los gastos de los menores cuando los tengan en su compañía. Los dos progenitores sufragarán al 50% los gastos extraordinarios de los menores.

»4.- Se determine que el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en C/ DIRECCION000, NUM000, 18500, Guadix(Granada), les será otorgada a ambos cónyuges, por semestres alternativos, junto al ajuar doméstico. Los gastos correspondientes a agua, gas, luz, serán de cargo del cónyuge que en ese semestre viva en el domicilio familiar. El recibo de IBI se abonará por mitad.

»El uso y disfrute de la vivienda familiar quedará extinguido definitivamente cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales de ambos cónyuges, mediante la adjudicación de la vivienda referida por uno de ellos o su venta a un tercero.

»Y, subsidiariamente, para el caso de no estimarse el régimen de guarda y custodia solicitado con carácter principal, se acuerden, las siguientes medidas con carácter definitivo:

»- Se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores al padre, D. Belarmino, siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores se determine que la madre, disfrutará de la compañía de sus hijos, Evaristo y Epifanio, los fines de semana alternos, desde las 20:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo.

»Los puentes escolares corresponderán al progenitor al que corresponda tener en su compañía a los menores durante el fin de semana al que corresponda el puente según lo establecido en el párrafo anterior. Llegado el caso de ser festivo el viernes la madre recogerá a las menores a las 20:00 horas del día anterior al festivo - jueves- y reintegrará a las menores el domingo a las 20:00 horas. Si el festivo fuera en lunes recogerá a los menores el viernes a las 20:00 horas y los reintegrará el lunes a las 20:00 horas.

»Las vacaciones se dividirán del siguiente modo:



»- Semana Santa. El primer periodo que comprenderá desde Viernes de Dolores a las 20:00 horas hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas y desde el día y hora referidos hasta el Domingo de Resurrección a las 20:00 horas.

»- Navidad. Desde las 20:00 horas del día en que los menores obtengan las vacaciones de Navidad, hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre. Y desde el día y hora anteriormente referido hasta las 20:00 horas del día inmediato a la entrada de los menores al colegio. El día 6 de enero, el progenitor que no le corresponda tener en su compañía a los menores podrá tenerlos en su compañía desde las 13:00 a las 19:00 horas.

»- Verano. Que se divide en dos periodos que comprenderán los meses de julio y agosto.

»La distribución de las vacaciones citadas se llevará acabo de común acuerdo por los padres y para el caso de existir discordancia entre ambos el padre elegirá los años impares y la madre los pares.

»La madre tendrá derecho a comunicarse telefónicamente con sus hijos todos los días de la semana siempre que no suponga una intromisión en el desarrollo normal de las menores.

»En todos los casos, en defecto de acuerdo entre los padres, la madre habrá de recoger y entregar a los menores en el domicilio donde éstos habitan.

»Los menores podrán asistir en compañía del progenitor correspondiente a aquellas celebraciones y eventos extraordinarios de los familiares directos de cada progenitor, tales como bautizos, bodas, comuniones, aún para el caso de que el día del evento o celebración no coincida con el periodo en que los menores le corresponda tenerla en su compañía, según el régimen de visitas, guardia y custodia establecido.

»Como contribución a la manutención de sus hijos, Evaristo y Epifanio , la madre, abonará la cantidad mensual de ciento treinta euros por cada hijo menor (130,00). La referida cantidad la abonará, la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas y en la cuenta que designe, D. Belarmino .

»La cantidad abonada en concepto de alimentos, será actualizada anualmente de acuerdo con las variaciones porcentuales que experimente el índice de precios al consumo o su equivalente, fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya en el futuro.

»En cuanto a los gastos extraordinarios, por atenciones médicas y otras necesidades extraordinarias de los menores, serán satisfechas por mitad por ambos progenitores.

»- Se establezca que el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en C/ DIRECCION000 , NUM000 , 18500, Guadix (Granada), le sea otorgada al esposo y a los hijos menores, junto con el ajuar familiar. Los gastos correspondientes a agua, gas, luz, serán de cargo del esposo. El recibo de IBI se abonará por mitad.

»La esposa, si a la fecha de la Sentencia no lo hubiere hecho ya, podrá llevarse sus ropas, enseres personales, e instrumentos de trabajo si los hubiere en el domicilio.».

2.- Por decreto de 8 de octubre de 2014 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la demandada para contestar.

3.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes solicitando al juzgado:

«[...] dictar sentencia según lo que resulte probado de las actuaciones».

4.- El procurador D. Pablo Rodríguez López, en nombre y representación de Dña. Ruth , contestó a la demanda, formulando oposición a la misma y suplicó al Juzgado:

«[...] dicte, en su día, sentencia por la que se declare, conforme a derecho, el divorcio de ambos cónyuges, tal y como ha solicitado la parte demandante, por las razones alegadas en el presente escrito, así como todas las medidas inherentes a dicho pronunciamiento del divorcio, e igualmente que se desestime la demanda en cuanto a las medidas solicitadas de contrario respecto a los menores, y se acuerde, para la adopción de las medidas que rijan este divorcio, las medidas que solicita esta parte en el hecho cuarto del presente escrito de contestación a la demanda, las cuales se solicitan por las razones expuestas en el presente escrito, todo ello por ser de Justicia que, respetuosamente, pido y espero».

Y en su hecho cuarto indica:

«[...] Esta parte muestra su conformidad con la tramitación del presente procedimiento de divorcio, y que el mismo sea concedido, mostrando nuestra disconformidad con la petición de algunos de los pronunciamientos complementarios para regular los efectos del divorcio, es decir, las medidas que deben de regir dicho divorcio.

»1.- Así, y en primer lugar, mostramos nuestra disconformidad con la petición que hace el demandante de que la guarda y custodia sea compartida, y menos aun que dicha guarda y custodia compartida sea quincenal de



forma alterna, primeramente porque esta parte considera que dicha guarda y custodia debe corresponder a la madre, y ello teniendo presente, como se ha indicado con anterioridad, que ha sido la madre la que se ha ocupado de los mismos desde su nacimiento, y ello sin perjuicio de que el padre tenga un régimen de visitas tan amplio como sea posible.

»2.- Respecto al régimen de visitas del padre con respecto a sus hijos, considera esta parte que dicho régimen debe y tiene que ser tan amplio y flexible como sea posible, siempre teniendo presente la edad de los menores, horarios de comidas, colegio, sueño, etc., para dicho régimen de visitas.

»Dicho régimen de visitas que se debe de establecer será el de fines de semana alternos, de las 19.00 horas del viernes a las 19.00 horas del domingo; además de lo anterior, el padre podrá relacionarse con sus hijos entre semana, de lunes a jueves, siempre que sea posible, respetando los horarios de comidas, estudios, sueño, etc.

»En cuanto a las vacaciones de Navidad, corresponderá a cada cónyuge la mitad de las mismas, teniendo como fecha de inicio para computarlas el día posterior al día lectivo previo a las vacaciones, y como fecha de finalización el último día previo al día de iniciarse nuevamente las clases; en las de Semana Santa, igualmente corresponderá a cada progenitor la mitad de las mismas, desde la tarde del Viernes de Dolores hasta el Domingo de Resurrección; y respecto a las vacaciones de verano, así mismo corresponderá la mitad de las mismas a cada cónyuge, siendo la fecha de inicio el día después del que den las vacaciones hasta el día previo al inicio del nuevo curso.

»No obstante lo anterior, ambos cónyuges deben propiciar y promover la relación de los hijos con ambos progenitores, siempre actuando en el beneficio y bienestar de los menores, y que éstos tenga relación con su padre y con su madre prácticamente de forma diaria.

»3.- En relación al que ha sido domicilio familiar, el uso del mismo debe ser asignado a la madre, y ello al solicitar la misma la guarda y custodia de los hijos, además de que el padre ha abandonado voluntariamente dicho domicilio a finales del mes de Julio del presente año, habiéndose llevado todos sus enseres personales.

»4.- En relación a la contribución a la pensión por alimentos, esta parte solicita que se acuerde que el padre de los menores, sr. Belarmino , contribuya con la cantidad de 280 euros (doscientos ochenta euros) por tal concepto y por los dos hijos, en la cuenta corriente que por mi representada se comunicará en su momento, cantidad esta que será actualizada anualmente en base al IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya».

5.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Guadix dictó sentencia el 10 de mayo de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando en parte la demanda interpuesta en nombre de D. Belarmino , debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre de D. Belarmino y Dña. Ruth celebrado el día 30 de septiembre de 2006 en la localidad de Guadix (Granada), con los efectos legales inherentes a esa declaración:

»1.º) Los cónyuges podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal.

»2.º) Se declaran revocados los poderes y consentimientos que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro.

»3.º) Cesa la posibilidad de vincular los bienes de cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica.

»Se aprueban las siguientes medidas con carácter definitivo:

»1.ª- Se atribuye la guarda y custodia de los dos hijos menores, Evaristo y Epifanio a la madre Dña. Ruth , ejerciendo la patria potestad de forma conjunta.

»2.ª- Se establece el siguiente régimen de visitas a favor del padre, respecto de sus dos hijos menores, salvo mejor acuerdo entre las partes:

»- El padre disfrutará de la compañía de sus hijos los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta las 19:00 horas del domingo. El padre tendrá derecho a permanecer con sus hijos todos los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, así como todos los viernes desde la salida del colegio pernoctando esa noche hasta las 16:00 horas del sábado.

»- Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad, desde las 12:00 horas del día siguiente al que termine el periodo escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, y desde éste día hasta las 20:00 horas del día anterior a la entrada de los menores al colegio.



»- Semana Santa, se divide en dos periodos, desde las 18:00 horas del Viernes de Dolores hasta Miércoles Santo a las 20:00 horas y desde el Miércoles Santo hasta Domingo de Resurrección a las 20:00 horas.

»Las vacaciones de verano se dividirán en cuatro períodos: desde el 1 de julio hasta el 15 de julio; desde el 15 de julio al 31 de julio; desde el 31 de julio al 15 de agosto; y desde el 15 de agosto hasta el 31 de agosto. El horario de recogida será a las 12:00 horas y el de entrega a las 20:00, sin perjuicio del acuerdo al que puedan alcanzar las partes.

»La distribución de las vacaciones citadas se llevará a cabo de común acuerdo por los padres y para el caso de existir discordancia entre ambos el padre elegirá los años impares y la madre los pares.

»3.^a- Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en calle DIRECCION000 n° NUM000 , de la localidad de Guadix, a Dña. Ruth a cuyo cuidado han quedado ambos hijos.

»4.^a- Se fija como pensión de alimentos a satisfacer por el padre a favor de las dos hijas menores la cantidad de 280 euros para las dos, a ingresar en la cuenta corriente que designe la madre, y que se actualizará anualmente en base al IPC. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores por mitad.

»No se efectúa expreso pronunciamiento en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- El procurador D. Antonio Delgado Martínez, en nombre y representación de D. Belarmino , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo resolver a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, que dictó sentencia, el 9 de junio de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«Se confirma la sentencia. Sin costas. Dese al depósito el destino legal.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de D. Belarmino , interpuso recurso de casación, con base en un único motivo, al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC , mediante éste primer motivo del recurso se denuncia que la sala sentenciadora ha incurrido en infracción de los arts. 92, 5, 6 y 7 del Código Civil , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución Española , el art. 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 , 19 de julio de 2013 y 9 de marzo de 2016 .

2.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Belarmino contra la sentencia dictada con fecha de 9 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, en el rollo de apelación 597/2016 , dimanante de los autos de juicio de divorcio núm. 478/2014 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Guadalix.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal».

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal emitió informe el 20 de diciembre de 2017 manifestando su conformidad con el motivo del recurso de casación e interesando la casación de la sentencia y que se dictara otra por la que se establezca la custodia compartida de ambos progenitores respecto de sus dos hijos, por quincenas alternas como se pedía en la demanda rectora. La representación procesal de Dña. Ruth presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 8 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Don Belarmino interpuso demanda de divorcio contencioso, solicitando la disolución del matrimonio, contra D.ª Ruth .



2.- La cuestión objeto de debate se centró en la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores.

El padre solicitaba la guarda y custodia compartida y la madre que se le atribuyese en exclusiva a ella, renunciando el demandante a que se le atribuyese el uso de la vivienda familiar.

3.- El 3 de diciembre de 2015 emitió informe psicosocial al equipo adscrito al juzgado.

La metodología que siguió fue la siguiente:

- (i) Vaciado de autos.
- (ii) Entrevista individual semiestructurada con el padre.
- (iii) Entrevista individual semiestructurada con la madre.
- (iv) Entrevista individual semiestructurada con los menores.
- (v) Observación de la interacción de los menores con ambos progenitores.

Alcanzó las siguientes conclusiones:

- (i) Los menores tienen su referente afectivo en su padre y en su madre, a la que identifican como su principal cuidadora.
- (ii) La madre tiene vivienda, trabajo y cuenta con el apoyo de su madre en todo lo que necesita respecto al cuidado de los menores.
- (iii) El padre está presente en la vida de los menores.
- (iv) Los menores piensan que en casa de su madre hay más normas.
- (v) La madre presenta las habilidades necesarias para ocuparse del cuidado y educación de sus hijos.
- (vi) Evaristo y Epifanio presentan un desarrollo evolutivo adecuado a su edad cronológica.
- (vii) Los menores presentan un buen desarrollo personal, escolar y social.
- (viii) La madre tiene mayor disponibilidad horaria y su vida estructurada en relación a la atención y cuidado de sus hijos.
- (ix) El padre vive en el domicilio de los abuelos cuando tiene a sus hijos y comparte dormitorio con ellos.
- (x) Hay comunicación interparental.

Finalmente hizo la siguiente propuesta:

Atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, como respuesta a lo requerido y atendiendo a la premisa básica de la máxima estabilidad para los menores, este equipo aconseja la guarda y custodia para la madre y establecer el siguiente régimen de vistas padre-hijos.

Todos los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves a la entrada en el mismo.

Fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo.

Los periodos vacacionales serán divididos por mitades, y se establecerá el siguiente régimen:

«Las vacaciones de Navidad se dividen en dos periodos, uno que va desde el día siguiente a las vacaciones escolares a las 12,00h. y que se prolongara hasta las 20,00h. del día 30 de diciembre y otro que ira desde dicha fecha y hora, hasta el día anterior del comienzo de las clases escolares a las 20,00h.

»Vacaciones de Semana Santa, el periodo se dividirá desde el Viernes de Dolores a las 12,00h. y se prolongara hasta las 20,00h. del Miércoles Santo, y otro que ira desde dicha fecha y hora hasta el Domingo de Resurrección a las 20,00h.

»Vacaciones de Verano, el periodo vacacional se dividirá en los siguientes periodos:

»1º desde el 1 de julio hasta el 15 de julio.

»2º desde el 15 de julio hasta el 31 de julio.

»3º desde el 31 de julio hasta el 15 de agosto. 4º desde el 15 de agosto hasta el 31 de agosto.

»El horario que se establece en el periodo vacacional, para las recogidas será a las 12,00 h. y para las entregas a las 20,00h.



»Para la distribución de los periodos vacacionales de navidad, semana santa y verano, corresponderá a la madre el primer periodo vacacional en aquellos años cuya terminación sea impar y el segundo periodo cuando la terminación sea par, y viceversa al padre, respetándose así el régimen de alternancia.

»Las recogidas y entregas las realizara el padre o alguna persona de su confianza en el domicilio materno.»

4.- El Juzgado de primera instancia dictó sentencia el 10 de mayo de 2016 en la que, en lo que es de interés al recurso, acordó las siguientes medidas:

»1a.- Se atribuye la guarda y custodia de los dos hijos menores, Evaristo y Epifanio a la madre D.^a Ruth , ejerciendo la patria potestad de forma conjunta.

»2a.-Se establece el siguiente régimen de visitas a favor del padre, respecto de sus dos hijos menores, salvo mejor acuerdo entre las partes:

»-El padre disfrutará de la compañía de sus hijos los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta las 19:00 horas del domingo. El padre tendrá derecho a permanecer con sus hijos todos los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, así como todos los viernes desde la salida del colegio pernoctando esa noche hasta las 16:00 horas del sábado

»-Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad, desde las 12:00 horas del día siguiente al que termine el periodo escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, y desde éste día hasta las 20:00 horas del día anterior a la entrada de los menores al colegio.

»-Semana Santa, se divide en dos periodos, desde las 18:00 horas del viernes de Dolores hasta Miércoles Santo a las 20:00 horas y desde el Miércoles Santo hasta Domingo de Resurrección a las 20:00 horas.

»-Las vacaciones de verano se dividirán en cuatro periodos: desde el 1 de julio hasta el 15 de julio; desde el 15 de julio al 31 de julio; desde el 31 de julio al 15 de agosto; y desde el 15 de agosto hasta el 31 de agosto. El horario de recogida será a las 12:00 horas y el de entrega a las 20:00, sin perjuicio del acuerdo al que puedan alcanzar las partes.

»La distribución de las vacaciones citadas se llevará a cabo de común acuerdo por los padres y para el caso de existir discordancia entre ambos el padre elegirá los años impares y la madre los pares.

»3a). Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en Calle DIRECCION000 n° NUM000 , de la localidad de Guadix, a D.a Ruth a cuyo cuidado han quedado ambos hijos.

»4a). Se fija como Pensión de Alimentos a satisfacer por el padre a favor de las dos hijos menores la cantidad de 280 euros para los dos, a ingresar en la cuenta corriente que designe la madre, y que se actualizará anualmente en base al IPC. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores por mitad.»

5.- En su motivación el Juzgado expone el contexto normativo aplicable a la cuestión, así como la jurisprudencia de la sala sobre la materia, en la que se tiene presente el interés del menor.

Al decidir sobre el caso que se somete a su consideración acude al informe psicosocial, con cita de las conclusiones más relevantes del mismo.

En atención a dicho informe y a las declaraciones de las propias partes en cuya valoración se detiene, alcanza la conclusión de desestimar la guarda y custodia compartida, pero con un amplio régimen de visitas para el padre, por ser «más beneficioso para el interés de los menores que la custodia sea ejercida por la madre», que tiene mayor disponibilidad horaria que el Sr. Belarmino a causa de las exigencias de la profesión de cada uno de ellos.

6.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la parte demandante del que ha conocido la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, que dictó sentencia el 9 de junio de 2017 por la que se desestimaba el recurso y se confirmaba la sentencia de la primera instancia.

7.- La Audiencia acude, como *ratio decidendi* de su decisión, a la sentencia de primera instancia a la que se remite.

Solo añade, en contra de lo que en ésta se recoge y motiva, que no se sabe el tiempo que padre y madre tienen para estar con los hijos, pero sin motivar lo que, a efectos de disponibilidad, motiva la sentencia que revisa; por lo que la confirmación de ésta queda fuera de razones propias de la audiencia y hay que atender a las del juzgado, según la remisión con la que comienza la fundamentación de aquella.

8.- La parte demandante y apelante interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, por interés casacional, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC y se estructura en un motivo:

Entiende infringido:



El artículo 92. 5, 6 y 7 CC, en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas, y los arts. 2 y 11.2 a) LOPJM, y 39 CE, y ello al negarse a la custodia compartida aplicando de forma incorrecta el principio de protección del menor. Cita como infringida la doctrina contenida en las SSTS de 29 de abril de 2013, la de 19 de julio de 2013 y de 9 de marzo de 2016. No hace propuesta de desarrollo del régimen de custodia compartida en el recurso sino que se remite a la propuesta realizada en su escrito de demanda.

9.- La sala dictó auto el 15 de diciembre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto y, previo traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición a aquél.

10.- El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso porque, con cita de la doctrina de la sala, niega que las sentencias de las instancias hayan llevado a cabo un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso ni acorde con la prueba practicada, pues en la sentencia de primera instancia sólo se analiza la disponibilidad horaria de los progenitores y en la dictada en la segunda instancia no se analiza nada.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- La sala viene reiterando (sentencia 296/2017, de 12 de mayo, y 442/2017, de 13 de julio, entre otras recientes) la bondad del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS de 4 de febrero de 2016, 11 de febrero de 2016, 9 de marzo de 2016; 433/2016, de 27 de junio).

Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016 rec. 2129/2014), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema tras la constante y uniforme doctrina de la sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre).

2.- Consecuencia de lo expuesto es que se haya de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, R. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 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 cuanto lo sea.

Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»

3.- A partir de la bondad del sistema la cuestión a dilucidar en cada caso 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 estos con aquel (SSTS de 19 de julio de 2013; 2 de julio de 2014; 9 de septiembre de 2015).

Esta doctrina es la que refleja la sentencia de primera instancia, a la que remite la de la audiencia al poner el acento para dilucidar el debate en el interés del menor; por lo que no puede decirse que contradiga la doctrina de la sala.

4.- La sentencia de 30 de diciembre de 2015 afirma que «La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo 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 o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio



641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 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 este» (STS 27 de abril 2012 , citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia».

5.- La sentencia recurrida, insistimos que por remisión, ha valorado el interés de los menores, como en el supuesto de la sentencia de la sala 296/2017, de 12 de mayo , a partir del informe psicosocial que obra en autos y manifestaciones de las partes vertidas en el acto de la vista, y no solamente en estas últimas como parece sugerirse.

Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS de 18-1-2011, Rc. 1728/2009 ; 9-9-2015, Rc. 545/2014 ; 135/2017 , de 28 de febrero).

Así ha obrado la citada sentencia pues ha valorado el informe psicosocial a fin de indagar y motivar el interés de los menores, en conjunción con las manifestaciones de las partes, y ha hecho suyas las conclusiones de aquel.

Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse éste sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como en la obrante en autos.

Conviene destacar que el equipo psicosocial ha llevado a cabo una entrevista individual semiestructurada con los menores.

Lo anterior se compadece con lo que afirmábamos en la sentencia 18/2018 de 15 de enero , pues por la edad de los menores no es aconsejable la exploración judicial de ellos, pero si estar a la llevada a cabo por un experto, que es el caso (STC 163/2009, de 29 de junio).

Por todo ello la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de las pruebas practicadas, la conveniencia de que se establezca o no el sistema de guarda y custodia compartida.

Ha de insistirse en la no conveniencia de convertir en estos casos el recurso de casación en una tercera instancia, a salvo que la revisión venga impuesta porque el tribunal a quo haya llevado a cabo una protección del interés del menor solo aparente, puramente formalista y estereotipada, que no es el caso.

Por todo lo expuesto no cabe la estimación del recurso.

6.- No obstante, y si la sala entrase en valoraciones jurídicas relativas al tema debatido, la solución coincidiría con la sentencia recurrida al ponderarse las circunstancias del caso.

Ha de quedar claro que no cabe reproche alguno a ninguno de los progenitores en el plano afectivo o de entrega a sus hijos, pero el interés de estos aconseja el régimen elegido, en el que la comunicación y visitas con el padre es tan intenso que se acerca mucho al de guarda y custodia compartida.

Será el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos. A ello se une, lo que no sucede con la madre, que cuando el padre tiene a sus hijos vive en el domicilio de sus padres, abuelos de los menores, y tiene que compartir dormitorio con ellos. De ahí que se infiera que los menores, que tienen presente al padre en sus vidas, tengan una vida más normalizada en casa de su madre.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Belarmino , contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2017, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, recurso de apelación núm. 597/2016 , dimanante de autos de juicio sobre divorcio núm. 478/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Guadix.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida declarando su firmeza.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ