



Roj: **STS 5710/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5710**

Id Cendoj: **28079110012013100681**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2013**

Nº de Recurso: **2637/2012**

Nº de Resolución: **758/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 370/2012,**
STS 5710/2013

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 758/2013

Fecha Sentencia : 25/11/2013

CASACIÓN

Recurso N° : 2637 / 2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 19/11/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Orense Sección 1ª.

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Escrito por : L.C.S.

Nota:

CUSTODIA COMPARTIDA. REQUISITOS. Art. 92 del C. Civil . Doctrina de la Sala. Se insta por el padre la modificación de medidas por cambio de circunstancias, pese a que en la demanda de divorcio de común acuerdo se pactó la custodia a favor de la madre. Se alegó por el padre que en el momento de la demanda de divorcio no era previsible que se pudiera aceptar por los tribunales la custodia compartida. Recurre el padre y el Ministerio Fiscal.

CASACIÓN Num.: 2637/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y Fallo: 19/11/2013

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**SENTENCIA N°: 758/2013****Excmos. Sres.:****D. Francisco Marín Castán****D. José Antonio Seijas Quintana****D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Francisco Javier Orduña Moreno****D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil trece.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 95/2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense, como consecuencia de autos de juicio de Modificación de Medidas de Familia núm. 457/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por el Ministerio Fiscal y por la procuradora doña Inés Fernández Ramos en nombre y representación de don Eleuterio, compareciendo en esta alzada el Ministerio Fiscal y la procuradora doña Ana Llorens Pardo en nombre y representación de don Eleuterio en calidad ambos de recurrentes y no constando personada parte alguna en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Inés Fernández Ramos, en nombre y representación de don Eleuterio interpuso demanda de juicio para la modificación de medidas definitivas establecidas en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo del demandante, respecto a doña Estibaliz y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<estimando la solicitud de modificación del régimen de guarda y custodia estableciendo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores solicitada en el hecho tercero de esta demanda, condenando en costas a la demandada si se opusiera a lo pedido en la demanda>>.

2.- El Fiscal contesta a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que considera pertinentes e interesa del juzgado se dicte sentencia por la que se declare la improcedencia de la pretensión ejercida si en el curso de la sustanciación del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda.

3.- La procuradora doña Lucía Saco Rodríguez, en nombre y representación de doña Estibaliz, 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 <<desestimando la demanda, se otorgue la guarda y custodia del hijo menor a su madre, estableciendo el régimen de visitas que dejamos identificado>>.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- *Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Fernández Ramos, en nombre y representación de D. Eleuterio se presentó demanda de juicio verbal frente a Dña. Estibaliz y modifíco la sentencia de divorcio de 23/11/2009 en el siguiente sentido:*

1. Se atribuye la guarda y custodia del menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo: por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio, de forma que uno de los progenitores lo dejará por la mañana y el otro lo recogerá ya para comer.

2. Se establece el siguiente régimen de visitas en los períodos vacacionales:

En las vacaciones de verano, se dividirán por mitad y por quincenas, estableciéndose dos partes. La primera englobaría desde la salida del colegio en junio hasta el 1 de julio, desde el 16 de julio hasta el 1 de agosto y desde el 16 de agosto al 1 de septiembre y la segunda desde el 1 de julio al 16 de julio, desde el 1 de agosto hasta el 16 de agosto y desde el 1 de septiembre hasta el inicio del curso escolar, reiniciando la custodia compartida una vez comience el colegio, la hora de realización del intercambio será las 20:00 horas y deberá acudir el progenitor que vaya a disfrutar de las vacaciones al domicilio en el que se encuentre el menor. La primera parte corresponderá a la madre en los años impares y al padre en los pares.

En las vacaciones de Navidad, corresponderán por mitad a cada progenitor las vacaciones escolares, siendo la primera mitad desde el día de inicio de las vacaciones escolares hasta las 19:00 horas del 30 de diciembre y la



segunda mitad desde las 19:00 horas del 30 de diciembre hasta el día inmediatamente anterior al inicio de las actividades escolares a las 19:00 horas. La primera mitad corresponderá al padre en los años pares y la segunda en los impares. Las entregas y recogidas serán en el domicilio en el que estuviera la menor.

En las vacaciones de Semana Santa y carnaval se disfrutarán alternativamente y anualmente por cada progenitor, de forma tal que la madre tendrá consigo al menor las Semanas Santas de los años impares y los carnavales en los años pares, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas del día inmediatamente anterior al inicio de las clases.

3, Ambos progenitores, en concepto de gastos necesarios para su hijo, se comprometen a abrir una cuenta corriente a nombre del menor y a su nombre en la que mensualmente ingresarán la cantidad de 200 euros cada uno de ellos, y cuenta de la que se retirarán los gastos del colegio (libros, material escolar, chándal), las actividades extraescolares en las que estén de acuerdo, los gastos extraordinarios necesarios (médicos o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social) y aquellos otros gastos extraordinarios en los que estén de acuerdo.

No se imponen las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes.

Y en fecha 10 de octubre de 2011, dicta Auto de Aclaración cuya parte dispositiva señala:

Acuerdo aclarar la sentencia de fecha 30/09/11 y en la parte dispositiva donde dice "...Se atribuye la guardia y custodia del menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo: por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio, de forma que uno de los progenitores lo dejará por la mañana y el otro lo recogerá ya para comer." Debe añadirse, comenzará la custodia compartida el lunes siguiente a la notificación de la presente resolución.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Estibaliz , la procuradora de los tribunales D.ª LUCIA SACO RODRÍGUEZ, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, en autos de juicio modificación de medidas nº 457/11, Rollo de Sala nº 95/12, de fecha 30 de septiembre de 2011, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su consecuencia desestimando la demanda formulada por la representación procesal de D. Eleuterio , la procuradora de los tribunales D.ª INES FERNÁNDEZ RAMOS, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas, manteniendo el régimen de guarda, custodia y visitas del menor Rodrigo fijado en proceso previo de divorcio de mutuo acuerdo entre los litigantes, sin imponer el pago de las costas procesales a ninguna de las partes litigantes.

Procede la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Y con fecha de 20 de junio de 2012, dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA: En contestación a lo solicitado, estése a lo señalado en el fundamento jurídico único de la presente resolución.

TERCERO .- 1.- Por D. Eleuterio se interpuso recurso de casación basándose en el siguiente motivo:

ÚNICO .- Infracción del artículo 92 del Código Civil , al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3ª de la vigente LEC , 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 2011, el artículo 39 de la Constitución Española , el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en 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 de 7 de Julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012

Por el **MINISTERIO FISCAL** se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

MOTIVO ÚNICO .- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo CE porque se opone 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 recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009 , 10 y 11 de marzo de 2010 , 1 de octubre de 2010 , 7 de julio de 2011 , 9 de marzo de 2012 , etc....



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de abril de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos de casación interpuestos por la representación procesal del demandante don Eleuterio y por el Ministerio Fiscal, dado que no se personó ningún recurrido, se dejaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiera.

3.- No constando solicitud de las partes para la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecinueve de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De la actuado se deduce incontrovertidamente que ambos litigantes contrajeron matrimonio el 27-9-2008, naciendo el único hijo, de nombre Rodrigo el NUM000 de 2009.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense se dictó sentencia de 23-11-2009 en procedimiento de divorcio de común acuerdo, fijando la custodia para la madre, con un régimen de derecho de visitas a favor del padre, con fines de semana alternos, y dos tardes a la semana de 17.30 h a 21 h, entre otras.

SEGUNDO .- Por el juzgado se estimó la demanda de modificación de medidas planteada por el padre, en la que se solicitaba la custodia compartida, alegando que "no pidieron custodia compartida o custodia exclusiva en su día por recomendación de su letrado", dada la tendencia existente en aquel momento. El Juzgado declaró que no había existido una variación de las circunstancias en los litigantes o en el menor desde la firma del convenio regulador pero que existía una tendencia cambiante que primaba el establecimiento de custodias compartidas.

TERCERO .- En virtud de recurso de apelación interpuesto por la madre, se dictó sentencia estimatoria de la impugnación, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda, por lo que se mantenía el primitivo régimen de custodia adoptado en el procedimiento de divorcio de común acuerdo.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró que no habían concurrido circunstancias nuevas e imprevisibles de aparición posterior a la sentencia de divorcio, que no se había producido alteración de las circunstancias y que no consideraba tales el cambio de opinión social sobre la custodia compartida. Se declara que existe una mala relación entre los progenitores que dificultaría el desarrollo de la custodia compartida, concluyendo que era más beneficioso para el menor el mantenimiento del sistema de custodia que la instauración del sistema de custodia compartida.

CUARTO .- Se analizan conjuntamente los motivos planteados por el Sr. Eleuterio y por el Ministerio Fiscal.

A) Infracción del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3ª de la vigente LEC, 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 2011, el artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, ya que entra en 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 de 7 de Julio de 2011, 25 de mayo de 2012, 8 de octubre de 2009, 9 de marzo de 2012*

B) Al amparo del artículo 477.2.3º LEC al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo CE porque se opone 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 recogen entre otras las *sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009, 10 y 11 de marzo de 2010, 1 de octubre de 2010, 7 de julio de 2011, 9 de marzo de 2012, etc*

Se estiman los motivos.

Alega el Sr. Eleuterio que no consta enfrentamiento entre los padres y que incluso el sistema de visitas, "de facto" es más flexible que el acordado en el procedimiento de divorcio y que los estudios científicos son los que han cambiado la opinión doctrinal sobre la custodia compartida.

Por el Ministerio Fiscal se alegó que debía primar el interés del menor sobre la "variación sustancial de las circunstancias". Aludía al cambio de legislación en las Comunidades Autónomas.



Esta Sala ha declarado que:

Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre , ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil , según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.

... pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala, 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio de 2011 , entre otras).

Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

STS, Civil del 29 de Abril del 2013, recurso: 2525/2011 .

Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . 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).

STS, del 07 de Junio del 2013, recurso: 1128/2012 .

A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, 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 TC 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 .*

Sentada la posibilidad de abordar la petición de custodia compartida a la luz de los requisitos marcados con anterioridad por esta Sala se debe hacer constar:

1. El régimen de visitas se ha desarrollado sin incidencias.
2. El trabajo del padre como comercial le permite organizarse su agenda, por lo que no le impide el cuidado del menor, en lo que está auxiliado por su madre y hermana.
3. El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos.
4. Consta la proximidad de los domicilios paterno y materno.
5. La realidad de que el menor Rodrigo convivió con ambos padres en semanas alternas en régimen de custodia compartida desde la sentencia de primera instancia, hasta su revocación, sin que exista constancia de incidentes.



6. La madre seguirá viéndolo incluso en las semanas que no le corresponda, en horario escolar, pues es profesora del mismo Colegio al que asiste el menor.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

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

QUINTO .- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Se mantiene el pronunciamiento sobre costas del Juzgado de Primera instancia.

No procede imposición de costas en la segunda instancia dada la materia analizada y los recientes cambios operados.

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por **D. Eleuterio** representado por la Procuradora D.^a Ana Llorens Pardo, contra sentencia de 23 de abril de 2012 de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense .

2. CASAR la sentencia recurrida.

3. Se mantiene en todos sus términos la sentencia de 30 de septiembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense , incluido auto de aclaración.

4. No procede imposición de costas en la casación ni en las dos instancias previas.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O' Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.