



Roj: **STS 3217/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3217**

Id Cendoj: **28079110012015100426**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2015**

Nº de Recurso: **730/2014**

Nº de Resolución: **391/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 2465/2013,**  
**STS 3217/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eulalia contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, en el rollo de apelación número 154/2013, dimanante de los autos de juicio sobre modificación de medidas de divorcio número 67/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Eulalia representada por el Procurador don Marcos Juan Calleja García.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida don Ceferino representado por la Procuradora doña Elena Galán Padilla.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia.**

1. La Procuradora de los Tribunales doña Carmen Romero Moreno, en nombre y representación de don Ceferino, interpuso demanda de modificación de medidas definitivas, acordadas en la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2006, en la que se acordó el divorcio contraído con doña Eulalia, solicitando al Juzgado dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

«**SUPLICO AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias; admita todo ello; por interpuesta solicitud de **MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS** por el Procurador que suscribe, en nombre y representación de D. Ceferino, y tras los trámites legales, acuerde la modificación de las medidas definitivas en los términos interesados en el cuerpo de la presente demanda, y que fueron acordados mediante la Sentencia de Divorcio recaída en los Autos de Separación Contenciosa n.º.- 973/2005. Todo ello con condena en costas a la parte demandada, si concurrieren las circunstancias previstas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser en justicia que pido en Granada a 30 de Diciembre del 2010. »

2. Mediante Decreto de 4 de marzo de 2011, El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada admitió a trámite la demanda de modificación de medidas, dando traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a la parte demandada.



3. El Procurador don Rafael Merino Jiménez-Casquet, en nombre y representación de doña Eulalia , contestó a la demanda de contrario y suplicó al Juzgado:

« SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que al mismo se acompañan y sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por formulada en la representación que ostento CONTESTACIÓN Y OPOSICIÓN A LA DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS de divorcio, interpuesta por DON Ceferino , y seguido que sea el procedimiento por sus pertinentes trámites, se sirva dictar Sentencia en los términos interesados por esta parte en el presente escrito, con expresa imposición de costas al actor. »

4. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 10 de Granada dictó sentencia el 26 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Carmen Romero Moreno, en nombre y representación de D. Ceferino , frente a Doña Eulalia , se acuerda la modificación de la sentencia de divorcio de fecha 21 de noviembre de 2006 en las siguientes medidas:

-Se establece un sistema de **custodia compartida** con el siguiente régimen de estancias:

Semanas alternas con uno y otro progenitor, con cambio a la salida escolar los viernes.

Durante la semana, el progenitor que no tenga consigo al hijo estará con él los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta las 20.30 horas, reintegrándolo al domicilio del progenitor que tenga atribuida la **custodia** dicha semana, dejándose abierta la posibilidad de que, previo acuerdo de las partes, otra tarde, previo aviso con antelación, el progenitor que no lo tenga consigo pueda estar con el menor en los mismos extremos anteriores.

Se mantiene inalterable el pronunciamiento de la sentencia de divorcio sobre el disfrute por mitad de las vacaciones escolares tal y como se vienen desarrollando.

A fin de evitar discrepancias entre los progenitores, respecto al día de cumpleaños o Santo del menor, el padre o la madre a quien no le corresponda ese día podrá tener a su hijo durante dos horas por la tarde, en defecto de acuerdo, desde las 18.00 horas a las 20.00 horas, y si los referidos días coinciden con festivo o fin de semana, tanto uno como otro progenitor podrán disfrutar de su hijo durante la mitad del día, eligiendo la mitad correspondiente, en caso de discrepancia, como se ha fijado anteriormente, el padre los años impares y la madre los pares. Además, deberá facilitarse la presencia del menor en celebraciones señaladas en las respectivas familias (cumpleaños y santos de ambos progenitores, de los abuelos, etc), día del Padre o de la Madre..., aunque dicho día no le correspondiese por el régimen ordinario al progenitor en cuestión, desde las 10.00 horas hasta las 20.00 horas si coincidiese con festivo, o en otro caso, desde la salida del Colegio hasta las 20.00 horas.

Las recogidas y entregas, siempre que no se realicen en el centro escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor que tenga atribuida la **custodia** dicha semana A fin de evitar discrepancias entre los progenitores, respecto al día de cumpleaños o Santo de los menores, con independencia del régimen ordinario de visitas, el .padre o la madre a quien no le corresponda ese día podrá tener a sus hijos durante dos horas por la tarde, en defecto de acuerdo, desde las 18.00 horas a las 20.00 horas, y si los referidos días coinciden con festivo o fin de semana, tanto uno como otro progenitor podrán disfrutar de sus hijos durante la mitad del día, eligiendo la mitad correspondiente, en caso de discrepancia, como se ha fijado anteriormente, el padre los años impares y la madre los pares. Además, deberá facilitarse la presencia de los menores en celebraciones señaladas en las respectivas familias (cumpleaños y santos de ambos progenitores, de los abuelos, etc), día del Padre o de la Madre..., aunque dicho día no le correspondiese por el régimen ordinario al progenitor en cuestión, desde las 10.00 horas hasta las 20.00 horas si coincidiese con festivo, o en otro caso, desde la salida del Colegio hasta las 20.00 horas.

Por el bienestar de su hijo, deberán tener en cuenta los padres que sus problemas sentimentales no deben recaer sobre los menores

Además, podrán uno u otro progenitor comunicarse telefónicamente o por cualquier otro medio con su hijo, no debiendo los padres poner impedimento alguno, siempre que no interfiera los horarios de estudio o de descanso del menor.

Todo lo anteriormente acordado se llevará a cabo por los progenitores dentro de los mayores criterios de flexibilidad posibles, manteniendo la mayor unión entre ambos y atendiendo primordialmente al interés del hijo.

En cuanto a los alimentos, los de sustento y habitación se darán directamente cuando el menor pernocte con cada uno de los progenitores. Los gastos de vestido, asistencia médica y educación son gastos externos a los que contribuirán ambos progenitores a partes iguales, al igual que ocurre con los gastos extraordinarios.

Se mantienen inalterables el resto de pronunciamientos de la sentencia de divorcio de fecha 21 de noviembre de 2006 .



*Todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas causadas. »*

#### **Tramitación en segunda instancia.**

5. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Eulalia , correspondiendo su tramitación a la Sección Quinta Audiencia Provincial de Granada que dictó sentencia el 20 de septiembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

*« Se revoca la sentencia. Se desestima la demanda, condenando al actor al pago de las costas de 1ª Instancia sin costas del recurso. »*

#### **Recurso de casación.**

6. La representación procesal de don Ceferino interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, con base en un único motivo por infracción del artículo 92 del Código Civil (Apartados 5 y 8) por vulneración del principio de protección del interés superior del menor al rechazar la guardia y **custodia compartida**, con infracción de los artículos 142 a 153 del Código Civil .

7. Por Diligencia de Ordenación de 26 de febrero de 2014, se tuvo por interpuesto el recurso, acordando la remisión de las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

8. La Sala dictó Auto el 28 de enero de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

*« 1. ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de don Ceferino contra la sentencia dictada , con fecha 20 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª), en el rollo de apelación número 154/2013 , dimanante de los autos de juicio sobre modificación de medidas de divorcio número 67/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada. [...] »*

11. La representación procesal de doña Eulalia , impugnó el recurso formulado de contrario.

10. El Ministerio Fiscal en su informe de 20 de marzo de 2015, solicitó la estimación del recurso.

12. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 17 de junio de 2015 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Resumen de Antecedentes.**

**PRIMERO.** Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación procesal de don Ceferino interpuso demanda de modificación de medidas contenciosas, establecidas en sentencia de divorcio de fecha 21 de noviembre de 2006 , frente a doña Eulalia . En concreto las relativas a la solicitud de guarda y **custodia compartida** y régimen de visitas del menor, la previsión de alimentos y el uso de la vivienda conyugal, si bien respecto de esta última se renunció en el acto de la vista a que se atribuyese su uso al actor, por existir un procedimiento judicial sobre ella, no siendo ocupada en la actualidad por ninguna de las partes.

2. El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada, de Familia, dictó sentencia el 26 de noviembre de 2012 por la que se estimaba parcialmente la demanda y acordaba la modificación de la sentencia de divorcio en los siguientes términos: *-Se establece un sistema de **custodia compartida** con el siguiente régimen de estancias:*

*Semanas alternas con uno y otro progenitor, con cambio a la salida escolar los viernes.*

*Durante la semana, el progenitor que no tenga consigo al hijo estará con él los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta las 20.30 horas, reintegrándolo al domicilio del progenitor que tenga atribuida la **custodia** dicha semana, dejándose abierta la posibilidad de que, previo acuerdo de las partes, otra tarde, previo aviso con antelación, el progenitor que no lo tenga consigo pueda estar con el menor en los mismos extremos anteriores.*

*Se mantiene inalterable el pronunciamiento de la sentencia de divorcio sobre el disfrute por mitad de las vacaciones escolares tal y como se vienen desarrollando.*

*A fin de evitar discrepancias entre los progenitores, respecto al día de cumpleaños o Santo del menor, el padre o la madre a quien no le corresponda ese día podrá tener a su hijo durante dos horas por la tarde, en defecto de acuerdo, desde las 18.00 horas a las 20.00 horas, y si los referidos días coinciden con festivo o fin de semana, tanto uno como otro progenitor podrán disfrutar de su hijo durante la mitad del día, eligiendo la mitad*



correspondiente, en caso de discrepancia, como se ha fijado anteriormente, el padre los años impares y la madre los pares. Además, deberá facilitarse la presencia del menor en celebraciones señaladas en las respectivas familias (cumpleaños y santos de ambos progenitores, de los abuelos, etc), día del Padre o de la Madre..., aunque dicho día no le correspondiese por el régimen ordinario al progenitor en cuestión, desde las 10.00 horas hasta las 20.00 horas si coincidiese con festivo, o en otro caso, desde la salida del Colegio hasta las 20.00 horas.

Las recogidas y entregas, siempre que no se realicen en el centro escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor que tenga atribuida la **custodia** dicha semana A fin de evitar discrepancias entre los progenitores, respecto al día de cumpleaños o Santo de los menores, con independencia del régimen ordinario de visitas, el .padre o la madre a quien no le corresponda ese día podrá tener a sus hijos durante dos horas por la tarde, en defecto de acuerdo, desde las 18.00 horas a las 20.00 horas, y silos referidos días coinciden con festivo o fin de semana, tanto uno como otro progenitor podrán disfrutar de sus hijos durante la mitad del día, eligiendo la mitad correspondiente, en caso de discrepancia, como se ha fijado anteriormente, el padre los años impares y la madre los pares. Además, deberá facilitarse la presencia de los menores en celebraciones señaladas en las respectivas familias (cumpleaños y santos de ambos progenitores, de los abuelos, etc), día del Padre o de la Madre..., aunque dicho día no le correspondiese por el régimen ordinario al progenitor en cuestión, desde las 10.00 horas hasta las 20.00 horas si coincidiese con festivo, o en otro caso, desde la salida del Colegio hasta las 20.00 horas.

Por el bienestar de su hijo, deberán tener en cuenta los padres que sus problemas sentimentales no deben recaer sobre los menores

Además, podrán uno u otro progenitor comunicarse telefónicamente o por cualquier otro medio con su hijo, no debiendo los padres poner impedimento alguno, siempre que no interfiera los horarios de estudio o de descanso del menor.

Todo lo anteriormente acordado se llevará a cabo por los progenitores dentro de los mayores criterios de flexibilidad posibles, manteniendo la mayor unión entre ambos y atendiendo primordialmente al interés del hijo.

En cuanto a los alimentos, los de sustento y habitación se darán directamente cuando el menor pernocte con cada uno de los progenitores. Los gastos de vestido, asistencia médica y educación son gastos externos a los que contribuirán ambos progenitores a partes iguales, al igual que ocurre con los gastos extraordinarios.

Se mantienen inalterables el resto de pronunciamientos de la sentencia de divorcio de fecha 21 de noviembre de 2006 ."

**3.** La sentencia anterior, tras hacer unas consideraciones sobre la doctrina de esta Sala relativa a la guarda y **custodia compartida** y poner de relieve la primacía del criterio del interés superior del menor a la hora de decidir sobre la medida y su contenido, estima que esta medida es la más favorable para él y la que tendrá una mayor incidencia para una adecuada y sólida relación del mismo con sus progenitores, y ello por los siguientes motivos:

(i) El resultado del informe psicosocial emitido acredita que todos los criterios de valoración señalados por el Tribunal Supremo concurren en este caso y en la persona de los progenitores.

(ii) Ambos progenitores trabajan fuera del hogar, la madre realizando labores de peluquería y de empleada del hogar y el padre haciendo chapuzas y comenzará a trabajar en enero de 2013 en un Ayuntamiento, encontrándose ambos preocupados e implicados en la educación y el cuidado de su hijo.

(iii) Los planteamientos educativos verbalizados por uno y otro se definen bajo parámetros normalizados, teniendo ambos capacidad para hacer frente a las exigencias de su realidad más inmediata, así como para dar cobertura a las necesidades del menor en los distintos niveles.

(iv) El menor (10 años entonces) manifiesta que le gustaría estar una semana con su padre y otra con su madre, advirtiendo los psicólogos madurez en sus manifestaciones y motivación.

(v) El menor tiene una vinculación sólida y segura con sus padres, principales figuras de identificación emocional para él, con los que mantiene unas pautas de comunicación dinámicas, satisfactorias y confiadas.

(vi) Un elemento a valorar es la edad del hijo, pues no son iguales las necesidades de un bebé que las de un adolescente, ya que a medida que tiene más edad se implica más con su padre y su madre y es más fácil la **custodia compartida** al tener más autonomía en sus actividades básicas personales en descargo de sus padres (referidas a vestido, aseo, comida, etc), facilitándose así la correcta ejecución de dicha modalidad de **custodia**.

(vii) Ambos padres están implicados y cumplen de forma adecuada y acertada los deberes para con el hijo. Los dos tienen domicilio estable y adecuado en el que pueda habitar el menor, sin que ello suponga una alteración





sustancial de la estructura social en la que se integra, como informa el equipo psicosocial, con condiciones que facilitan tanto la pernocta como el estudio del menor.

(viii) Ambos progenitores viven en Maracena y tienen una estructura de apoyo implicada y estable en sus respectivas familias.

(ix) Se ha de tener en cuenta las obligaciones laborales de los padres. En el presente caso la madre tiene horario laboral de mañana y el padre cuando comience a trabajar en el Ayuntamiento de Maracena también tendrá el mismo horario laboral de mañana, lo que les permitirá atender a su hijo fácilmente así como poder acudir éste con ellos a las actividades extraescolares que desarrolle durante la semana y en los fines de semana.

(x) No existe entre los progenitores una relación conflictiva relevante, sin perjuicio de las dificultades de comunicación lógicas en todo proceso de crisis matrimonial.

4. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, correspondiendo su conocimiento a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada que dictó sentencia el veinte de septiembre de dos mil trece por la que, revocando la sentencia de primera instancia, desestimaba la demanda.

5. El Tribunal de Instancia, tras una abundante cita de sentencias propias y de esta Sala, afirma que han de conjugarse dos importantes razones para conceder la medida de la guarda **compartida**: la inexistencia de riesgo para los menores y el beneficio que a ellos les reporte la **custodia compartida**.

A partir de tales premisas concluye que no se ha acreditado el interés primordial del menor, pues si el padre dice no poder satisfacer una pensión de 240 euros al mes, difícilmente va a poder sufragar el sostenimiento de las necesidades básicas cuando esté con él, pues recoge que el padre, que es albañil, dijo que no gana como antes, y mediante la **custodia compartida** por semanas no tendría que pagar la pensión alimenticia que administra la madre y se dejaría sin efecto el uso de la vivienda familiar concedido al hijo y a su madre.

Como argumento de cierre afirma la sentencia que "es totalmente inadmisibles que se juegue con la guarda **compartida** para no pagar pensiones alimenticias y para privar del uso de la vivienda familiar a los hijos y a los padres custodios". Reconoce que el niño manifestó que no se oponía a la **custodia compartida** y que también lo interesó el equipo psicosocial.

6. La representación procesal de don Ceferino interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3º del apartado 2 del artículo 477 LEC, al presentar interés casacional por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la guarda y **custodia** compartidas, citando al efecto la sentencia de 9 de marzo de 2012, Rc. 113/2010, y la de 10 de enero de 2012, Rc. 1784/2009.

7. Se articula un Motivo Único por infracción del artículo 92 del Código Civil (Apartados 5 y 8) por vulneración del principio de protección del interés superior del menor al rechazar la guardia y **custodia compartida**, con infracción de los artículos 142 a 153 del Código Civil.

En el desarrollo del motivo se argumenta que se ha de partir de los hechos declarados probados en la sentencia que se recurre y analizar si el Tribunal de instancia ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor al caso enjuiciado. Añade que dicha sentencia tan sólo dedica el fundamento Jurídico Cuarto al caso enjuiciado, siendo los restantes exposición de doctrina sobre la materia y que, por ende, no se puede resolver el recurso sin completar la sentencia de la Audiencia Provincial con la revocada del Juzgado de Primera Instancia, cuya fundamentación se acepta por aquella "en cuanto no se opongan a los que seguidamente se consignan", para a continuación exponer cuáles son los hechos relevantes y concluir que con amparo en la doctrina de la Sala justifican la **custodia compartida** por ser adecuada al interés superior del menor.

8. Admitido el recurso por Auto de 28 de enero de 2015, y previo traslado a la parte recurrida, presentó ésta escrito de oposición al recurso de casación, si bien con carácter prioritario negó que fuese este admisible por inexistencia de interés casacional, al pretender una nueva valoración de los medios de prueba para sobre la resultante ponderar el interés del menor, sin que ello sea posible si no es a través del recurso de infracción procesal por error en la valoración de la prueba. El fallo solo podría ser modificado mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia considera probados (Auto 18 de febrero de 2014).

9. El Ministerio Fiscal informa sobre la admisibilidad del recurso que no se trata a través del cauce casacional de cuestionar la valoración de instancia ni de atacar la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia ni de atacar el factum de la resolución recurrida, sino de verificar la valoración del interés del menor realizada por la sentencia de instancia, a partir de los hechos probados; por lo que la revisión pretendida es admisible, con cita de la STS de 10 de diciembre de 2012 y la del TSJE, Sala Segunda, de fecha 6 de diciembre de 2012.



Entrando en el fondo de la cuestión, con cita de la doctrina de la Sala, entiende el Ministerio Fiscal que la sentencia de instancia no niega como hecho probado el informe psicosocial ni el deseo del menor, si bien apoyándose en la capacidad económica del marido y en el pretendido uso de la vivienda familiar niega que el interés superior del menor justifique la **custodia compartida**. Tal valoración jurídica contradice la doctrina de la Sala y por tanto solicita la estimación del recurso.

#### Recurso de casación.

#### SEGUNDO. Sobre su admisibilidad.

1. Es cierto, y recientemente volvía a reiterar el argumento el ATS de 13 de mayo de 2015, Rc. 2280/2014 , que: *"el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia invocada no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida."*

2. Sin embargo, en contra de lo que sostiene la parte recurrida, para resolver el recurso no es preciso alterar el factum de la sentencia del Tribunal, pues esta integra el de la primera instancia por cuanto tiene en cuenta en el decisivo fundamento de derecho cuarto que el niño manifestó que no se oponía a la guarda **compartida** y que esta fue interesada por el equipo psicosocial. Por tanto esos hechos entran a valorarse junto a los que recoge el Tribunal de apelación, a saber que el padre dijo que no ganaba como antes y que mediante la **custodia compartida** por semanas no tendría que pagar la pensión alimenticia de 240 ? que administra la madre y que además se dejaría sin efecto el uso de la vivienda familiar atribuido al hijo y a la madre.

Pues bien, se trata, y de ahí la admisibilidad del recurso, de revisar casacionalmente si la valoración jurídica de la sentencia de instancia contradice la doctrina de la Sala.

#### TERCERO. Decisión de la Sala.

1. Ante todo 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.

2. Partiendo de la asunción de ese principio hay que enmarcar lo declarado por la Sala sobre el sistema de **custodia compartida** cuando afirma ( STS 25 de abril , 22 de octubre , 30 de octubre , 18 de noviembre de 2014 y 16 de febrero de 2015 , entre otras) 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 29 de abril de 2013 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.*



Se pretende aproximar este régimen 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 parece también lo más beneficioso para ellos.

**3.** Pues bien, los hechos que contiene la sentencia conducen a este régimen: (i) Se va a beneficiar el hijo porque ambos progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales; (ii) Ambos tienen, también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psicosocial; (iii) Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor; (iv) El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre; (v) No existe por su edad factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo etc); (vi) Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que la alteración suponga para el hijo una alteración sustancial de la estructura social en que se integra, con facilidades para la pernocta como para el estudio; (vii) Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de **custodia compartida**.

**4.** Surge la pregunta de si puede verse perjudicado ese interés del menor por las circunstancias que retiene la sentencia de instancia de las manifestaciones del padre.

La respuesta ha de ser que no, pues, aún partiendo de que ese fuese el interés del progenitor, de lo que se trata es de indagar si el sistema pretendido es beneficioso para el menor, y ya se ha dado una respuesta afirmativa.

De otra parte que sea más beneficioso para el padre prestar su obligación alimenticia en su domicilio no es un interés espúreo si las circunstancias lo permiten, como es el caso, hasta el punto de que así lo prevé el propio legislador en el artículo 149 CC cuando regula "de los alimentos entre parientes".

Otro tanto cabe decir respecto del uso de la vivienda familiar. Como recoge la sentencia de 18 de mayo de 2015, Rc. 2302/2013 : El interés del menor - STS 17 de junio 2013 - "es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y **custodia compartida**, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar , sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros".

**CUARTO.** En atención a lo anteriormente expuesto y motivado procede estimar el recurso de casación y, al casar la sentencia recurrida, asumir la instancia y desestimar el recurso de apelación que interpuso la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 10 de Granada de fecha 26 de noviembre de 2012 cuya sentencia se confirma.

**QUINTO.** Conforme al artículo 394.1 y 398.1 de la LEC procede no imponer las costas del recurso a la parte recurrente con devolución del depósito.

**SEXTO.** Procede en aplicación de los preceptos citados la condena a la parte recurrente de las costas del recurso de apelación.

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

## FALLAMOS

**1.** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ceferino contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, en el rollo de apelación número 154/2013 , dimanante de los autos de juicio sobre modificación de medidas de divorcio número 67/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada.

**2.** Casar la sentencia recurrida dejándola sin efecto.

**3.** Desestimar, asumiendo la instancia, el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Eulalia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 10 de Granada de fecha 26 de noviembre de 2012 .

**4.** No imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir.



5. Condenar a la parte recurrente del recurso de apelación a las costas del mismo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marin Castan .-José Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller .- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Eduardo Baena Ruiz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ