



Roj: **STS 5824/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5824**

Id Cendoj: **28079110012013100707**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2013**

Nº de Recurso: **774/2012**

Nº de Resolución: **761/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3144/2011,**
STS 5824/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas provisionales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de familia de Málaga, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Casiano , la procuradora doña Bárbara Egido Martín. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Lourdes Fernández Luna, en nombre y representación de Agueda . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Rocio López Ruano, en nombre y representación de don Casiano interpuso demanda de juicio de modificación de medidas, contra doña Agueda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la presente demanda declare la modificación de las medidas vigentes por cambio sustancial de las circunstancias, decretando:

La reducción de la pensión alimenticia a favor de los hijos comunes fijandola en 500 euros mensuales, 250 euros para cada uno de ellos, revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

La atribución conjunta y **compartida** de la guarda y custodia de los menores a ambos progenitores, alternado su estancia con los mismos cada semana, amén de compartir por mitad las vacaciones escolares o alternativamente permanezcan con la madre lunes y miércoles y con el padre martes y jueves desde la salida del colegio al siguiente día en que tendrá que llevarlos de nuevo al centro escolar, alternando ambos progenitores los fines de semana desde el viernes al lunes y mitad de todas las vacaciones escolares.

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

2.- La procuradora doña Rosa Maria Mateo Crossa, en nombre y representación de doña Agueda , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda presentada declarando no haber lugar a la modificación de las medidas solicitada, con expresa condena de costas a la parte actora por su temeridad.



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Málaga, dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimando en parte la demanda de modificación de medidas interpuesta por D. Casiano contra D^a Agueda , debo declarar y declaro haber lugar a la modificación de las medidas en el sentido siguiente:*

Ambos hijos menores, permanecerán bajo custodia de ambos progenitores, que la compartirán, así como la patria potestad y responsabilidad parental sobre los mismos.

Sin perjuicio de que ambos progenitores puedan repartir el tiempo de mutuo acuerdo en la forma que estimen conveniente, a falta de este, los menores permanecerán con cada uno de sus progenitores durante una semana. El intercambio de los menores se verificará los lunes, de modo que el que tenga a los menores los dejará en el centro escolar en el horario de inicio de la jornada escolar, y el otro los recogerá a la salida de clase ese día.

Si un lunes fuese festivo, o no hubiera colegio por cualquier causa, el intercambio se verificará en el domicilio del progenitor que no tenga consigo a los hijos, y que le corresponda iniciar el periodo semanal, a las 12'00 horas, siendo llevados y entregados por el que progenitor que tiene consigo a los menores hasta dicho momento.

Los meses de julio y agosto seguirán el mismo régimen, si bien los periodos de estancia serán quincenales, y en caso, de acuerdo entre los progenitores, mensuales.

El uso y disfrute del domicilio familiar debe continuar atribuido a la Sra Agueda . Este se fija como domicilio de los menores a todos los efectos legales.

La amortización mensual que grava la vivienda familiar será a cargo de ambos propietarios, al 50%.

No se establece pensión alimenticia, de modo que cada progenitor se hará cargo de los menores en los periodos que éstos estén bajo su cuidado

No obstante, el actor asumirá íntegramente los gastos escolares y relacionados con su formación escolar, y de actividades extra escolares

Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales, sólo los médicos no cubiertos por la Seguridad Social, y otros imprevisibles de naturaleza análoga, serán al 50% entre los progenitores previa justificación del gasto.

De existir divergencias en relación a la satisfacción de las necesidades de los hijos, podrá establecerse una pensión a favor de uno u otro progenitor respecto al otro, en el procedimiento de modificación de medidas correspondiente.

No es procedente la expresa condena en costas a ninguna de las partes que abonarán cada una las causadas a su instancia y las comunes, por mitad.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Casiano , la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Rosa María Mateo Crossa en nombre y representación de Doña Agueda , y desestimando la impugnación que por vía de contestación al recurso fomiuló la Procuradora Doña Rocío López Ruano en la que ostenta de Don Casiano , debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el día dieciséis de marzo de dos mil diez por el Juzgado de Primera instancia n° Seis de Málaga en el Juicio de Modificación de Medidas n° 531 de 2009 , y en su consecuencia declaramos no haber lugar a la demanda de modificación realizada por la representación citada del referido Don Casiano , al que imponemos las costas de la primera instancia y las devengadas por su impugnación en la alzada, sin que haya lugar a hacer expresa condena en costas por la apelación principal efectuada.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso **extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Casiano con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto de los artículos 218.2 . y 222.2. de la LEC . **SEGUNDO** .- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, concretamente del art. 775.1. de la LEC . **TERCERO**.- Por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución y 39.4. de la CE.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Al amparo del art. 477.2º.3º, al haberse tramitado el proceso en razón a la materia regulada en el libro IV, título I de la LEC y presentando la resolución del recurso interes casacional por infracción del 92.7, 8 y 9 del Código Civil, en su redacción dada por Ley 15/2005 de 8 de julio, art. 2 y 9 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor y art. 91 in fine del CC , por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.



Por el Ministerio Fiscal se interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 460.1. 4º de la LEC , al considerar vulnerado el contenido del art. 24.2º de la Constitución Española , derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, con afectación directa en el interés de los menores. **SEGUNDO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 489.1. 4º de la LEC , al considerar vulnerado el contenido del art. 24 1º de la Constitución Española , derecho a obtener la tutela judicial efectiva y por tanto necesidad del Tribunal sentenciador de oír a los menores.

Igualmente interpuso **recurso de casación** por infracción del art. 92.8 del Código Civil en su actual regulación introducida por la Ley 15/05 de 8 de julio y ello en cuanto a lo que debe entenderse por interés del menor en la atribución de la guarda y custodia **compartida**, así como la existencia de jurisprudencia contradictoria en las diferentes Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de enero de 2013 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos el recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Lourdes Fernández-Luna Tamayo, en nombre y representación de doña Agueda y por la procuradora doña Barbara Egido Martín, en nombre y representación de don Casiano , presentaron escrito de impugnación a los mismos.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se deniegue la admisión de las pruebas documentales aportadas con el escrito de impugnación de los recursos por la representación procesal de doña Agueda .

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Audiencia Provincial denegó la medida de guarda y custodia **compartida** de dos hijos menores del matrimonio, de 14 años de edad, que había acordado el Juzgado de 1ª Instancia, con un doble argumento: *"los chicos tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con el generoso régimen de visitas que la sentencia en que se fijaron las medidas señaló y que incluye un sistema de visitas entre semanas en aquella en las que no le corresponde estar con el padre el fin de semana"*. Estos datos no son considerados suficientes para alterar las medidas por más que *"hayan cesado los enfrentamientos que a raíz de la ruptura de la pareja originó la controversia en la jurisdicción penal"*, lo que se considera *"evolución normal y civilizada de la situación entre los progenitores que deberían buscar la armonía en beneficio de los menores, cuya responsabilidad es común"*, no siendo novedoso *"que los hijos deseen compartir su vida con su padre y con su madre, pues esto ya existían cuando se fijaron las medidas"*.

El Ministerio Fiscal ha informado en todo momento a favor de la guarda y custodia **compartida** y recurre la sentencia junto a don Casiano . Ambos formulan un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

De los dos recursos únicamente va a ser analizado el de casación por razones obvias, dado que sin alterar los hechos de la sentencia, es posible una calificación jurídica distinta que hace innecesario pronunciarse sobre el primero en el que la exploración de los menores practicada en la instancia resulta suficiente para conocer sus intenciones en el sentido expresado en la sentencia del Juzgado; sin que sea pertinente la aportación documental interesada en este recurso como prueba pues, en efecto, los documentos aportados no son, en principio, "decisivos" para la resolución de la cuestión planteada, a los efectos del art. 271.2. LEC , y más allá del de la exploración de los menores -en la que éstos que manifiestan su voluntad de continuar en el régimen de custodia **compartida** acordado en Primera Instancia en trámite de modificación de medidas, revelan meros efectos o consecuencias procesales derivados de la sentencia dictada en segunda instancia, y que es objeto de impugnación en los recursos formulados.

SEGUNDO.- Ambos recursos se fundan en la infracción del artículo 92.8 del Código Civil , así como el artículo 91, por lo que se refiere al cambio de circunstancias, en cuanto a lo que debe entenderse por "interés del menor" en la interpretación de esta Sala para la adopción de un sistema de guarda y custodia **compartida**, a la que se opone SSTs 8 de octubre 2009 , 1 de octubre y 11 de marzo 2010 y 7 de julio de 2011). Se citan también sentencias de Audiencias Provinciales en el mismo sentido y se combate el razonamiento de la sentencia



que se tacha de incompleto e inadecuado, puesto que no hace mención alguna a los requisitos expuestos por la jurisprudencia, teniendo además en cuenta que durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia **compartida**.

Se estiman.

La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 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, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Es decir - STS 19 de julio 2013 -, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, 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.

Pues bien, lo que la sentencia dice es que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con un generoso régimen de visitas.

La sentencia reconoce también que existe entre los progenitores un vínculo afectivo normalizado, y que los hijos quieren compartir su vida con su padre y con su madre. Omite, sin embargo, que como consecuencia de la ejecución de la sentencia durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia **compartida**.

Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando 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 en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.

TERCERO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia. Al asumir la instancia, se ratifica la sentencia del Juzgado y no se impone a ninguna de partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que se deja sin resolver por innecesario, y del de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC, que se remite al artículo 394 LEC. Tampoco se hace especial pronunciamiento de las causadas en ninguna de las instancias.

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

FALLAMOS

1.- Sin entrar a resolver sobre el recurso de extraordinario por infracción procesal, debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación formulados por don Casiano, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha de 29 de noviembre de 2011, en el rollo de apelación 21/2011.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar se repone íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Málaga, de 16 de marzo de 2010.



4º No se imponen las costas causadas por los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación a ninguna de las partes litigantes.

5º No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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 CENDO