



Roj: **STS 4240/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4240**

Id Cendoj: **28079110012014100531**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2014**

Nº de Recurso: **683/2013**

Nº de Resolución: **566/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 240/2013,**
STS 4240/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 828/2012 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio verbal, para modificación de medidas definitivas, núm. 401/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Caldas de Reis, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don David García Sexto en nombre y representación de don Pablo Jesús, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Ana Espinosa Troyano en calidad de recurrente y la procuradora doña Paloma Briones Torralba en nombre y representación de doña Reyes en calidad de recurrido, y siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don David García Sexto, en nombre y representación de don Pablo Jesús, interpuso demanda contenciosa de modificación de medidas definitivas, sustanciada por los trámites de juicio verbal, contra doña Reyes y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que «se estime la demanda estableciendo el régimen de custodia compartida».

2.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, presentó escrito contestando a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes manifestando que respecto a los hechos de la demanda y a las medidas a adoptar, emitiría su dictamen después del resultado de la prueba a practicar en el acto de la vista.

3.- La procuradora doña Rosa Gardenia Montenegro Faro, en nombre y representación de doña Reyes, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que con estimación de la contestación a la demanda, se desestime íntegramente la demanda de modificación provisional de medidas definitivas de divorcio formulada de adverso; dado que nos oponemos a la modificación de las medidas solicitadas, por lo cual venimos a formular la siguiente DEMANDA RECONVENCIONAL» y alegando en la reconvenición los hechos y fundamentos jurídicos que consideró de aplicación solicitó al juzgado «se dicte sentencia, en la que se estime la presente reconvenición acordando los siguientes pronunciamientos:

- Que se atribuya a la madre la guarda y custodia de los hijos en común Pío y Jose María, que todavía son menores de edad y queda confiada a su cuidado, compartiendo ambos progenitores la titularidad de la patria



potestad sobre la misma, si bien las facultades inherentes a la citada institución serán ejercidas de ordinario por la madre doña Reyes .

- Que se establezca como régimen de visitas a favor del progenitor, suprimiendo el disfrute del martes desde la salida del colegio hasta el miércoles a las 19:00 horas, como día de visita durante el curso escolar, debiendo estar de lunes a viernes con la madre, y los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20:00 horas.

- Que don Pablo Jesús abonará en concepto de pensión por alimentos una cantidad acorde con los ingresos de los que dispone en la actualidad, ascendiendo la misma a la cantidad de 350 euros mensuales para cada hijo, pagaderos dentro de los 5 primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas las cuales se actualizarán cada año con referencia al día uno de enero a las variaciones que experimente el I.P.C. publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente.

- Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad».

4.- El procurador don David García Sexto, en nombre y representación de don Pablo Jesús , contestó a la reconvencción alegando los motivos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes y suplicando al juzgado una «sentencia desestimando la misma estimando la demanda rectora de este proceso».

5.- El Fiscal contestó a la reconvencción manifestando que las alegaciones formuladas en la misma deben ser acreditadas a través de los medios de prueba que se aporten y que estará al resultado de las mismas para emitir informe al respecto.

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Caldas de Reis, dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- Desestimando la demanda formulada por el Procurador D. David García Sexto, en nombre y representación de D. Pablo Jesús , así como la demanda reconvenccional interpuesta por la Procuradora Dña. Rosa Gardenia Montenegro Faro, en nombre y representación de Dña. Reyes , debo mantener y mantengo las medidas de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores Pío y Jose María a la madre, Dña. Reyes con el régimen de estancias y visitas del padre D. Pablo Jesús y alimentos a favor de los hijos, establecido en la Propuesta de Convenio aprobada por Sentencia de fecha 21 de octubre de 2010 ; y todo ello sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas del procedimiento.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Pablo Jesús contra la sentencia de 17 julio 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 Caldas de Reis en el proceso sobre guarda y custodia de menores, modificación de medidas definitivas, seguido con el nº 401/2011, confirmando la misma, sin expresa imposición de costas.

TERCERO .- 1.- Por la representación procesal del demandante D. Pablo Jesús , se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- Interés casacional por infracción de ley y de jurisprudencia, art. 92.2.6 y 8 del Código Civil . Tanto porque en materia de custodia compartida con informe en contra del Ministerio Fiscal u oposición de uno de los progenitores existen sentencias a favor cuando, como en el caso que nos ocupa, los menores demandan esa forma de custodia en las exploraciones judiciales, como porque en virtud del principio rector del derecho de familia, esto es el favor filli es mayor el daño que se puede causar a los hijos con la desestimación de la solicitud de uno de los progenitores lleva a efecto con la manifestación a favor de los hijos que el daño derivado de la aplicación de la forma de custodia compartida sin acuerdo entre los progenitores. Existe interés casacional a entender de esta parte por cuanto que el artículo 92 del Código Civil , norma aplicada en la sentencia recurrida, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 5/2005 de 8 de julio.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de noviembre de 2013 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de doña Reyes , presentó escrito de oposición al mismo y el Fiscal apoya el recurso de casación interpuesto.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de septiembre del 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Consta acreditado y no contradicho que del matrimonio del Sr. Pablo Jesús y de la Sra. Reyes nacieron Pio , el NUM000 de 2000 y Jose María , el NUM001 de 2004.

La demanda de divorcio de común acuerdo fue admitida a trámite por decreto de 1 de septiembre de 2010 y se dictó sentencia el 21 de octubre de 2010 , en la que se aprobó el convenio regulador.

La demanda de modificación de medidas definitivas, que da lugar al presente procedimiento tiene fecha de presentación en el juzgado decano de 5 de octubre de 2011.

El Juzgado desestimó la demanda de modificación de medidas, en la que se pretendía la adopción de un sistema de custodia compartida, en base a que la relación de los padres era conflictiva e impedía el diálogo. El Ministerio Fiscal ante el Juzgado informó negativamente sobre la adopción del sistema de custodia compartida.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, por la ausencia de una comunicación y entendimiento mínimo de los excónyuges, apoyándose en el informe sicosocial.

SEGUNDO.- *Motivo único.- Interés casacional por infracción de ley y de jurisprudencia, art. 92.2.6 y 8 del Código Civil . Tanto porque en materia de custodia compartida con informe en contra del Ministerio Fiscal u oposición de uno de los progenitores existen sentencias a favor cuando, como en el caso que nos ocupa, los menores demandan esa forma de custodia en las exploraciones judiciales, como porque en virtud del principio rector del derecho de familia, esto es el favor filli es mayor el daño que se puede causar a los hijos con la desestimación de la solicitud de uno de los progenitores lleva a efecto con la manifestación a favor de los hijos que el daño derivado de la aplicación de la forma de custodia compartida sin acuerdo entre los progenitores. Existe interés casacional a entender de esta parte por cuanto que el artículo 92 del Código Civil , norma aplicada en la sentencia recurrida, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 5/2005 de 8 de julio.*

Se estima el motivo .

Alega el recurrente que procede el sistema de custodia compartida, y que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

El Ministerio Fiscal informó ante esta Sala, que procedía la adopción del sistema de custodia compartida.

Consta que ambos progenitores son aptos para ostentar la guarda y custodia, así como que el hijo mayor (Pio) mostró su deseo de convivir con ambos padres, unido a que por el informe psicológico resulta como elemento favorable que ninguno de los padres ha predispuesto negativamente a los menores con respecto al otro progenitor.

En primer lugar, hemos de declarar que pese al escaso tiempo transcurrido entre los dos procedimientos judiciales, han cambiado sustancialmente las circunstancias, dado el nuevo régimen legal que amplía la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida, no siendo necesario contar con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, unido ello a que el menor hijo Pio mostró recientemente su sincero deseo de convivir con ambos padres.

En este sentido 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.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

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. 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" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 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 , 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". Lo que se pretende es 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. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

A la vista de lo expuesto hemos de declarar que en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, dado que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida, como medida más favorable en interés de los menores.

TERCERO .- Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores Pío y José María . Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han podido cambiar después de la presentación de la demanda hasta la resolución de este recurso, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases:

1ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

2ª.- El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

3ª.- No se podrá separar a los dos hermanos.

4ª.- Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal, en su caso, y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

5ª.- Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

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

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 D. Pablo Jesús representado por la Procuradora Dña. Ana Espinosa Troyano contra sentencia de 31 de enero de 2013 de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores Pío y José María , por parte de su padre y madre.

3. Se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases:

a) Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

b) El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.



- c) No se podrá separar a los dos hermanos.
 - d) Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal, en su caso, y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.
 - e) Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.
4. No procede expresa imposición en las costas de la casación. No procede imposición de costas en las instancias.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJ