



Roj: **STS 61/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:61**

Id Cendoj: **28079110012020100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2020**

Nº de Recurso: **826/2019**

Nº de Resolución: **15/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 869/2018,**  
**STS 61/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 15/2020**

Fecha de sentencia: 16/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 826/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Santander, Sección 2.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 826/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 15/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 16 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018, dictada en recurso de apelación 642/2018, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, dimanante de autos de juicio de divorcio 468/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de DIRECCION001 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Marino , representado en las instancias por la procuradora Dña. Reyes Alonso de la Riva, bajo la dirección letrada de Dña. Lía Sánchez García, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. José Sola Pellón en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Leticia , representada por la procuradora Dña. Nuria Munar Serrano, bajo la dirección letrada de D. Raimundo Trugeda Revuelta y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Marino , representado por la procuradora Dña. Reyes Alonso de la Riva y dirigido por la letrada Dña. Lía Sánchez García, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra Dña. Leticia y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se declare el divorcio de los cónyuges litigantes, con todos los efectos legales, y acordando, a su vez, las siguientes medidas definitivas:

"1.º- La patria potestad respecto a las dos hijas menores, Mariola e Victoria , será compartida.

"2.º- Que se establezca un sistema de guarda y custodia compartida de las hijas del matrimonio, Mariola e Victoria , quienes permanecerán en el domicilio familiar, siendo el régimen de ejercicio de la guarda por periodos de semanas alternas, es decir una semana continua con cada uno de los progenitores, produciéndose el cambio de progenitor custodio los domingos a las 20:00 horas, debiendo ser los progenitores quienes hagan el cambio de domicilio cuando se haga el cambio de custodia.

"3.º- Que el uso del domicilio familiar se atribuya a las menores, Mariola e Victoria , siendo compartido para sus progenitores en las semanas en las que les corresponda ejercer la custodia de estas.

"4.º- Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se distribuirán por mitad, y las de verano se disfrutarán con cada progenitor en quincenas alternas durante los meses de julio y agosto.

"El periodo vacacional a disfrutar le corresponderá elegirlo al padre en los años pares y a la madre en los años impares.

"5.º- En cuanto a los alimentos siendo un régimen de guarda y custodia compartida cada uno de los progenitores hará frente a los alimentos en sentido estricto de sus hijas durante el tiempo que las menores estén en su compañía.

"Los gastos extraordinarios que generen las menores, así como los necesarios para su educación, libros, material escolar, actividades extraescolares, clases particulares, excursiones, campamentos, viajes escolares, equipamiento deportivo, asistencia sanitaria no cubierta por la Seguridad Social, gastos oftalmológicos, gafas, lentes correctoras, gastos de odontólogo, ortodoncias, etc. , así como todos aquellos que por su coste o por su carácter deban ser considerados como extraordinarios, serán satisfechos por ambos progenitores al 50%.

"Igualmente ambos esposos harán frente por mitad a todos los gastos que genere la vivienda familiar, entendiéndose como tales, la hipoteca, el seguro, el recibo del IBI, recibos de suministros y comunidad.

"6.º- El uso del vehículo marca Citroen Gran Picasso, se atribuye a la esposa quien deberá sufragar todos los gastos que genere su uso, así como las reparaciones, seguro de circulación e impuesto de circulación.

"7.º- El uso del vehículo marca Ford Mondeo, se atribuye al esposo quien deberá sufragar todos los gastos que genere su uso, así como las reparaciones, seguro de circulación e impuesto de circulación.

"8.º- Se decrete la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los esposos hubiere otorgado al otro, quedando disuelta la sociedad legal de gananciales.

"9.º- Una vez sea firme la sentencia, se remita testimonio de la misma al Registro Civil de DIRECCION000 , para que se haga la anotación marginal en el acta de matrimonio de los litigantes.

"10.º- Que se condene en costas a la demandada, si se opusiera a lo pedido en esta demanda".



**2.-** El fiscal contestó a la demanda, con los fundamentos de hecho y de derecho que estimó aplicables, interesando:

"Que se tenga por presentado este escrito y tener por contestada en tiempo y forma la demanda origen de las actuaciones, teniéndole por parte a todos los efectos, y seguido el procedimiento por sus trámites, dictar sentencia ajustada a derecho y conforme a los hechos que resulten probados".

**3.-** La demandada Dña. Leticia , representada por el procurador D. Fernando Candela Ruiz y bajo la dirección letrada de D. Raimundo Trugeda Revuelta, 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 declare: 1.º- el divorcio de Marino y de Leticia . 2.º- Se atribuya la patria potestad de Mariola e Victoria a ambos. 3.º- Se atribuya la guarda y custodia de sus dos hijas a la madre, las cuáles vivirán en el que ha sido domicilio conyugal y 4.º- Se fije una pensión de alimentos de 300€/mes para cada hija, revalorizable conforme a la variación del IPC más la mitad de los gastos contemplados en el apartado tercero de los hechos de nuestra contestación a la demanda".

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de DIRECCION001 se dictó sentencia, con fecha 4 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. 1.- Se decreta el divorcio del matrimonio formado por D. Marino y D.ª Leticia .

"2.- Se acuerdan las medidas siguientes:

"1.ª La patria potestad respecto a las dos hijas menores, Mariola e Victoria , será compartida.

"2.ª Las dos menores quedarán bajo la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, repartiéndose en períodos de una semana con cada uno de los progenitores, produciendo el cambio de progenitor custodio cada domingo a las 20:00 horas.

"Se establece el derecho a una comunicación diaria del otro progenitor por vía telefónica o telemática, dentro de la franja horaria 19:30 a 20:00 horas.

"Este régimen se aplicará a partir de la presente sentencia, lo cual quiere decir que, el primer domingo posterior a la notificación de la sentencia (10-06-2018), a las 20:00 horas de la tarde, la madre quedará en exclusiva en el uso de la vivienda, con sus hijas, para comenzar la primera semana de su estancia con ellas.

"La primera estancia exclusiva del padre con las hijas en el domicilio comenzará el domingo 17-06-2018 a las 20:00 horas, que es cuando la madre deberá abandonar dicho domicilio.

"Y así sucesivamente.

"Los períodos no lectivos que establezca el Gobierno de Cantabria en cada año escolar, y que tengan una duración de al menos dos días, serán divididos por mitad e iguales partes entre ambos progenitores, pudiendo escoger la madre los años pares y el padre los impares.

"En los meses de julio y agosto, cada progenitor tendrá derecho a estar con las menores quince días, estableciéndose así cuatro períodos en los que se turnarán: del 1.º al 15 de julio; del 15 de julio al 1.º de agosto; del 1.º al 15 de agosto y del 15 al 31 de agosto, produciéndose los cambios de custodia a las 20:00 horas de cada uno de esos tiempos.

"Se recuerda que no se suspende la eficacia de este régimen por los posibles recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia ( art. 774.5 LEC).

"3.ª Se atribuye el uso del que fuera hogar conyugal, sito en URBANIZACION000 , NUM000 de DIRECCION002 (Ayuntamiento de DIRECCION001 ), así como del ajuar familiar, a cada uno de los progenitores, durante el período en que tengan la custodia de las menores.

"4.ª Cada progenitor contribuirá a las cargas del matrimonio de la siguiente forma:

"1) mediante la atención que cada uno dedicará a los hijos comunes sujetos a patria potestad;

"2) mediante el pago, por parte de D. Marino , de ciento tres euros con cincuenta céntimos (103,50.-€) al mes por cada hija, un total de doscientos siete euros (207.- €), a la madre, que habrán de ser ingresados por D. Marino en la cuenta señalada al efecto por D.ª Leticia , dentro de los cinco primeros días de cada mes y por mensualidades anticipadas. El padre deberá abonar la primera cuota (junio de 2018) dentro de los cinco primeros días del dictado de esta sentencia o, si la madre no hubiera designado una cuenta, desde que ella le indique una cuenta concreta para hacer el ingreso, y siempre que él no haya realizado otro ingreso con



anterioridad, caso en el cual deberá ingresar la diferencia, o bien y se producirá la actualización anual, de conformidad con la variación interanual del IPC, en julio de 2019;

"3) abono de la mitad de los gastos extraordinarios de las hijas.

"5.ª Queda disuelto el régimen económico conyugal.

"Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad".

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia, con fecha 19 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Sra. Leticia , contra la sentencia de fecha 4 de junio del 2.018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION001 , la que se revoca y deja sin efecto, en el sentido de:

"1.º) Atribuir la guarda y custodia de las dos hijas menores de edad, Mariola e Victoria , a la madre.

"2.º) El padre podrá tener consigo a las hijas desde la salida del colegio los viernes y hasta las 20:00 horas del domingo; el padre recogerá a las menores a la salida del colegio el viernes y las reintegrará al domicilio materno a las ocho de la tarde de los domingos; si el viernes coincidiera con día festivo o no lectivo, el padre recogerá a las hijas del domicilio materno a las dos de la tarde.

"El padre contará con una visita inter semanal que, en defecto de acuerdo, será los miércoles, desde las cuatro hasta las ocho de la tarde, debiendo recoger a las menores del domicilio materno y reintegrarlas al mismo.

"Las hijas estarán con cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares.

"En cuanto a cualquier otro día festivo, ya nacional, de comunidad autónoma, local o escolar- que no coincida con el fin de semana de las visitas paternas- serán repartidos entre los progenitores para su estancia con los menores y, en defecto de acuerdo, elegirá en primer turno el padre y en segundo turno la madre, y así sucesivamente.

"En los días de Reyes y cumpleaños de las niñas se permitirá por el progenitor con el que éstas se encuentren que las niñas visiten al padre o a la madre durante un espacio de tiempo prudencial; en defecto de acuerdo, será desde las tres de la tarde hasta las cuatro y media de la tarde.

"La madre facilitará la comunicación telefónica o telemática diaria de las hijas con el padre en horario que no perjudique los horarios de descanso de las menores o la realización de su actividad escolar y extraescolar y, en defecto de acuerdo, desde las 20 horas hasta las 20:30 horas.

"3.º) Se atribuye a la madre y las dos hijas menores de edad el uso y disfrute de la vivienda familiar en la localidad de DIRECCION002 ; esta atribución tendrá vigencia hasta la mayoría de edad de las hijas.

"4.º) El padre satisfará una pensión alimenticia mensual por importe de 450 euros con destino a sus dos hijas (225 por cada una de ellas); Dicha cantidad habrá de ser ingresada dentro de los primeros cinco días de cada mes y por mensualidades anticipadas en la cuenta que a tal efecto señale la madre y será actualizada anualmente conforme al IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística.

"Los gastos extraordinarios se satisfarán al 50%. Se considerarán gastos extraordinarios, entre otros, los médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social.

"Tendrán también la naturaleza de gasto extraordinario los gastos de naturaleza deportiva, cultural y de ocio que sean acordados por ambos. En caso de discrepancias, y no obteniéndose el preceptivo reconocimiento judicial del art. 776 4.ª de la LEC, el gasto extraordinario será abonado por el progenitor que decida su realización.

"Se confirma en todo lo demás la sentencia de instancia, sin imposición de las costas de esta segunda instancia".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Marino se interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 218 de la LEC causando indefensión contraviniendo el art. 24.1 de la CE. La sentencia recurrida no motiva el fundamento de su



resolución, ni de una forma clara ni expresa, sobre todo porque revoca la sentencia de primera instancia, sin ofrecer razonamientos o valoraciones que se ajusten a las normas de la lógica ni de la razón, más aún, cuando se aparta diametralmente de las conclusiones alcanzadas en la sentencia de primera instancia y del propio informe del Ministerio Fiscal sin explicar suficientemente las razones para ello.

Motivo segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 de la CE, la resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba, al modificar el sistema de custodia compartido establecido en primera instancia.

El recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC se denuncia en el presente recurso la infracción del art. 92 del Código Civil, con vulneración de los arts. 2, 3 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, art. 39.4 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1999 (resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) así como los artículos 92, 154 y 159 que consagran el interés del menor, principio de información del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC se denuncia en el presente recurso la infracción del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. No constan en el procedimiento causa que desaconseje el sistema de custodia compartida por lo que procede establecerlo. Se vulnera el art. 92 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, pues el interés de las menores afectadas no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por el Tribunal Supremo para la correcta aplicación del principio de protección del interés del menor a la hora de justificar el régimen de custodia monoparental adoptado, que en este caso no permitirá que sea efectivo el derecho que las hijas tienen a relacionarse con ambos progenitores.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de julio de 2019, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de Dña. Leticia, presentó escrito de oposición al mismo. El fiscal, por su parte, entendió que se debe estimar el recurso extraordinario por infracción procesal dejando sin efecto la sentencia de apelación y respecto al de casación igualmente señaló en su escrito:

"En base a lo expuesto, el fiscal se adhiere al recurso de casación interpuesto en los términos expuestos, asumiendo las medidas acordadas en primera instancia, salvo la relativa al uso de la vivienda familiar".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2019, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ha interpuesto conjuntamente recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Dichos recursos tienen por objeto una sentencia dictada en un juicio de divorcio contencioso, que fue tramitado en atención a la materia, por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

En la demanda de divorcio interpuesta por D. Marino se pedía el divorcio y la guarda y custodia compartida de los dos menores (nacidas el NUM001 de 2007 y NUM002 de 2011). En primera instancia se estimó el divorcio y en lo que a los recursos interesa se acordaron las siguientes medidas: guarda y custodia compartida por periodos semanales con atribución del uso y disfrute de la vivienda que fuera hogar conyugal a cada uno de los progenitores durante el periodo en que tengan la custodia de las menores.

Recurrida en apelación por la demandada se estimó el recurso y se atribuyó la guarda y custodia de las niñas a la madre con un régimen de visitas a favor del padre de los viernes a la salida del colegio a los domingos a las 20.00 horas y una visita intersemanal y mitad de vacaciones, así como el uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre con obligación del padre de abonar una pensión de alimentos de 450 euros para sus hijas.

Para revocar la guarda y custodia compartida se fundó en síntesis que el matrimonio se había desenvuelto con una asignación tradicional de roles desempeñando la madre las tareas de atención y cuidado de la familia,



siendo en el pasado escasa la implicación del padre en las actividades cotidianas de las niñas pues por las tardes el padre se dedica a sus actividades deportivas. Añade que tampoco se ofrece por el padre un programa de guarda y custodia que sea viable y permita deducir un compromiso de asunción de aquellos deberes parentales que hasta ahora no ha desempeñado, siendo además inespecífico el apoyo familiar con el que el padre cuenta.

El recurso de casación del demandante se formula al amparo del art. 477.2.3.º LEC y se estructura en dos motivos.

En el motivo primero se alega la infracción del art. 92 CC con vulneración de los arts. 2, 3 y 9 de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, art. 39.4 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, así como los arts. 92, 154 y 159 CC que consagran el principio del interés del menor. Se argumenta en el desarrollo del motivo que la sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor al decidir sustituir el régimen de guarda y custodia compartida fijado en primera instancia por uno monoparental a favor de la madre, sin razonar adecuadamente los motivos por los que se va a beneficiar a las menores con esta modificación, llegando a conclusiones acerca de las capacidades y aptitudes del padre que son ilógicas y arbitrarias, además de carecer de respaldo probatorio. Cita para justificar el interés casacional las SSTS de 13 de noviembre de 2018, 29 de abril de 2013, 28 de febrero de 2017, 13 de abril de 2016, 16 de febrero de 2015 y 13 de abril de 2016.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 92.5, 6 y 7 CC y la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. En el desarrollo se insiste en que la sentencia recurrida contraviene el interés de las menores al obviar los parámetros tenidos en cuenta por la jurisprudencia para establecer la guarda y custodia compartida, considerado como el sistema normal y deseable, acordando en su lugar una custodia monoparental basándose en que la madre se ha ocupado siempre del cuidado de las menores y por eso está más cualificada y dispone además de mayor tiempo obviando argumentar en qué medida el cambio a una custodia monoparental beneficia a las menores. Cita para justificar el interés casacional las SSTS de 13 de noviembre de 2018, 28 de febrero de 2017, 30 de diciembre de 2015, 16 de febrero de 2015, 25 de noviembre de 2013 y 29 de abril de 2013.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de dos motivos. En el primero se alega al amparo del art. 469.1.2.º LEC la infracción de los arts. 1 y 218 LEC al revocarse la sentencia de primera instancia y rechazar la guarda y custodia compartida sin ofrecer razonamientos o valoraciones que se ajusten a las normas de la lógica ni de la razón. En el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se alega la infracción del art. 24 CE alegando error patente en la valoración de la prueba en cuanto a las conclusiones que extrae en relación con las capacidades e implicación del padre y de sus apoyos familiares.

El Ministerio Fiscal se adhirió a los recursos interpuestos, si bien no se mostró de acuerdo con que compartieran la vivienda familiar.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.**- Motivos primero y segundo.

**1.-** Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 218 de la LEC causando indefensión contraviniendo el art. 24.1 de la CE. La sentencia recurrida no motiva el fundamento de su resolución, ni de una forma clara ni expresa, sobre todo porque revoca la sentencia de primera instancia, sin ofrecer razonamientos o valoraciones que se ajusten a las normas de la lógica ni de la razón, más aún, cuando se aparta diametralmente de las conclusiones alcanzadas en la sentencia de primera instancia y del propio informe del Ministerio Fiscal sin explicar suficientemente las razones para ello.

**2.-** Motivo segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 de la CE, la resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba, al modificar el sistema de custodia compartido establecido en primera instancia.

Se estiman los motivos.

En la sentencia recurrida se declaró:

"Tampoco se ofrece por el padre un programa de guarda y custodia compartida que se patentice viable y beneficioso, y que permita deducir, razonablemente, un serio compromiso actual de asunción de aquellos deberes parentales que se sabe que hasta ahora no ha desempeñado, no contando, por tanto, con una contrastada aptitud personal para ello.



"Se ignora el alcance del inespecífico apoyo familiar al que se refiere el padre en su interrogatorio; por tanto, no se sabe en qué condiciones se van a encontrar las dos menores cuando su padre haya de acudir al trabajo a las seis de la mañana, ni tampoco quien puede responsabilizarse de llevarlas diariamente al centro escolar a las nueve de la mañana, ni en qué circunstancias; no se conoce cómo va a compatibilizar el padre sus actividades de tarde -que aún viene realizando- con el cuidado de las niñas.

"Las disfunciones que pudieran resultar del incierto resultado del ejercicio de la guarda y custodia compartida, con las imprecisas condiciones propuestas, se evidencian perjudiciales para las dos menores, por lo que, conforme a los razonamientos expresados, se habrá de establecer una guarda materna".

En la sentencia recurrida se incurre en falta de motivación y error notorio en la valoración de la prueba ( art. 24 de la Constitución), al ignorar que en el acto del juicio declaró la madre del demandante, informando del apoyo que ella y su marido (padre del demandante) iban a prestar a su hijo, en el cuidado de las nietas. Declarando que ya comían con regularidad en la casa de los abuelos paternos.

Es decir, en la sentencia recurrida no se devalúa la declaración de la abuela paterna sino que se ignora, no se sabe si por omisión voluntaria o por ignorar la existencia de la referida testifical; en cualquier caso, la falta de motivación y el error en el que se incurre en la resolución, provoca la estimación de este recurso, debiendo asumir la sala la instancia y resolver conforme a lo alegado en casación, dado que el recurrente sí informó al juzgado de la forma que iba a afrontar el sistema de custodia compartida, con respecto a sus menores hijas.

### **Recurso de casación.**

**TERCERO.**- Motivos primero y segundo.

**1.-** Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC se denuncia en el presente recurso la infracción del art. 92 del Código Civil, con vulneración de los arts. 2, 3 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, art. 39.4 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1999 (resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) así como los artículos 92, 154 y 159 que consagran el interés del menor, principio de información del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Citándose como opuestas a la sentencia recurrida y cuya jurisprudencia se solicita se declare infringida o desconocida: STS, Sala 1.ª 630/2018, de 13 de noviembre, rec. 898/2018; STS 257/2013, de 29 de abril, recurso 2525/2011; STS 135/2017, de 28 de febrero, rec. 943/2016; STS 96/2015, de 16 de febrero, rec. 890/2014 y STS 761/2013, de 12 de diciembre, rec. 774/2012.

**2.-** Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC se denuncia en el presente recurso la infracción del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. No constan en el procedimiento causa que desaconseje el sistema de custodia compartida por lo que procede establecerlo. Se vulnera el art. 92 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, pues el interés de las menores afectadas no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por el Tribunal Supremo para la correcta aplicación del principio de protección del interés del menor a la hora de justificar el régimen de custodia monoparental adoptado, que en este caso no permitirá que sea efectivo el derecho que las hijas tienen a relacionarse con ambos progenitores.

En este caso concreto no existe ninguna causa que desaconseje la guarda y custodia compartida, es más, se cumplen todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para su adopción, y sin embargo, la sentencia recurrida vuelve hacia atrás en el tiempo y otorga la custodia a la madre, dejando al padre en un segundo plano, justificando su decisión en opiniones puramente subjetiva.

Citándose como opuestas a la sentencia recurrida y cuya jurisprudencia se solicita se declare infringida o desconocida: STS, Sala Primera, 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011; STS 758/2013, de 25 de noviembre, recurso 2637/2012, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas; STS 96/2015, de 16 de febrero, recurso 890/2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas; STS 753/2015, de 30 de diciembre, rec. 183/2015, ponente José Antonio Seijas Quintana; STS de 17 de marzo de 2016, rec. 2129/2014; STS 135/2017, de 28 de febrero, rec. 943/2016, ponente José Antonio Seijas Quintana; STS 296/2017, de 12 de mayo; STS 442/2017, de 13 de julio; STS 630/2018, de 13 de noviembre, rec. 898/2018, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Se estiman los motivos.

En la sentencia del juzgado se declaró en su fundamento de derecho cuarto:



"Custodia de los menores. En el presente caso se da la circunstancia de que, en atención a sus trabajos, capacidades y relación con el menor, ambos están perfectamente preparados para cumplir con los deberes derivados de la relación paterno-filial. Desde que esta pareja se separó de hecho hace ya tres años, siguieron compartiendo la vivienda y el cuidado ordinario de las menores, una los lleva al colegio y el otro las recoge, por ejemplo. Ambos trabajan por la mañana, aunque el padre también ocupa alguna hora de la tarde entrenando equipos de niños. Debido al trabajo, los dos tendrán que recurrir a terceras personas en determinados momentos, algo que es perfectamente razonable y normal en estos días. Aunque parece que tanto durante la convivencia como después, la madre ha dedicado más tiempo al cuidado de las menores, lo cierto es que el demandado no es (ni ha sido) un padre ausente, sino que está implicado en la vida cotidiana de sus hijas, cumpliendo con normalidad su rol de padre. Ambos progenitores se muestran como válidos para ejercer la guarda y custodia de sus hijos, sin que haya motivos aparentes que decidan a uno como más conveniente que el otro. Los cuidados de las menores son ejercidos por ambos progenitores, preocupándose éstos de las necesidades de los hijos. El equipo psicosocial suele recomendar, para niños de estas edades, estancias semanales de los menores con cada progenitor, y esto es lo que efectivamente han propuesto tanto la fiscal como el demandante y la demandada para el caso de que se concediera esta modalidad de custodia.

"Para evitar el problema de las vacaciones, y considerando la variabilidad del calendario escolar de Cantabria, así como pensando en el futuro, que no es lo mismo los calendarios en infantil que en primaria o en secundaria, se acordará una división de períodos no lectivos por partes iguales, sin hacer referencia a festividades católicas concretas como la Navidad o la Semana Santa, pues es posible que el calendario escolar no se ajuste a las mismas".

A la vista de estos datos, de la existencia de apoyo familiar en ambos progenitores, de la capacidad y aptitud de ambos progenitores, acreditada durante tres años de ejercicio conjunto de la custodia compartida, procede acordar, de acuerdo con la tesis expresada en la sentencia del juzgado y apoyada por el Ministerio Fiscal, la custodia compartida de las menores ( art 92 del C. Civil).

**CUARTO.**- Esta Sala declaró, entre otras, en sentencia de 22 de octubre de 2014, recurso 164/2014:

"De acuerdo con el art. 92, en relación con el art. 90, ambos del C. Civil se ha de entender que no concurre óbice alguno para la adopción del sistema de custodia compartida, dado que no se aprecia conflictividad entre los padres que lo desaconseje y la relación del padre con el menor es también lo suficientemente entrañable como para posibilitar un contacto más estrecho, que "de facto" ya se viene dando.

"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 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, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración de las menores con ambos progenitores, 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 progenitores, en beneficio de las menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

**QUINTO.**- El recurrente planteó que se confirmase la sentencia del juzgado que conllevaba compartir la vivienda familiar como "vivienda nido", a lo que en apelación se opuso la recurrida y a lo que también se opone el Ministerio Fiscal.

Esta sala en sentencia 215/2019, de 5 de abril, declaró:

"En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común ( art. 96 del C. Civil)".

Igualmente en sentencia 343/2018, de 7 de junio.

A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

Sin perjuicio de ello, procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales ( art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia.

En base a lo expuesto se fija, durante los mencionados dos años, una pensión de alimentos de 150 euros para cada hija, abonables por el padre, teniendo en cuenta sus superiores ingresos ( art. 146 del C. Civil), que durante dos años la vivienda solo la disfrutarán madre e hijas y que los períodos de estancia con el padre son superiores en tiempo.

Transcurridos los dos años, el juzgado determinará, en función de las circunstancias, cuál será la nueva pensión de alimentos.

**SEXTO.**- Estimados ambos recursos, no procede imposición de costas, con devolución de los depósitos constituidos ( arts. 394 y 398 LEC).

## FALLO

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

**1.º**- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Marino , contra sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018, de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2.ª (apelación 642/2018).

**2.º**- Casar la sentencia recurrida, y confirmar parcialmente la sentencia de 4 de junio de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION001 (Procedimiento 468/2017) en el sentido de:

- a) Se mantiene el sistema de custodia compartida, estancias y visitas que se fijan por el Juzgado.
- b) Durante dos años, computables desde la fecha de esta sentencia, las menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, con exclusividad, tras el cual deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.
- c) Se fija, durante los mencionados dos años, una pensión de alimentos de 150 euros para cada hija, abonables por el padre. Dichas pensiones se abonarán en la forma y con las actualizaciones que se fijaron en la sentencia del Juzgado. Transcurridos los dos años, el juzgado determinará, en función de las circunstancias, cuál será la nueva pensión de alimentos.



d) Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia del juzgado.

**3.º-** No procede imposición de costas en ninguno de los recursos. Devuélvase al recurrente los depósitos constituidos para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ