

Roj: **STS 480/2016 - ECLI:ES:TS:2016:480**Id Cendoj: **28079110012016100052**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/02/2016**Nº de Recurso: **891/2015**Nº de Resolución: **52/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BA 57/2015,**
STS 480/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Mérida, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 96/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almendralejo; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Donato , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds Martínez; siendo parte recurrida doña Jacinta , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Donato contra doña Jacinta .

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se

«... dicte Sentencia por la que: a) Declare la disolución del matrimonio decretando el divorcio del matrimonio contraído por mi mandante D. Donato y D^a Jacinta .- b) Se admitan las Medidas Definitivas solicitadas en el cuerpo del presente escrito, siendo estas: 1º. Divorcio. Los cónyuges podrán vivir separados como hasta el momento, y quedan en libertad para regir su persona y bienes en la forma que tengan por conveniente.- 2º. Domicilio familiar. El esposo seguirá residiendo en su domicilio actual, sito en la localidad de Almendralejo en la CALLE000 , NUM000 junto con sus hijos, de los que se solicita la guardia u custodia como a continuación expondremos.- Es voluntad de los hijos del matrimonio el trasladarse a vivir al domicilio en el que reside su padre, el cual es bien del matrimonio y donde se acordó mediante la sentencia de separación que residiría en el mismo, por lo que entendemos procedente que en la vivienda que ha sido el domicilio familiar siga manteniéndose la demanda.- 3º. Domicilio de la esposa. Como hemos referido, no nos oponemos a que D. Jacinta siga residiendo en el domicilio sito en la CALLE001 de la localidad de Almendralejo, sí bien esa fuese su voluntad, lo que no implica que podrá establecerlo a su conveniencia con la sola obligación de comunicarlo al esposo.- 4º. Patria potestad y guardia y custodia. Los hijos del matrimonio continuarán bajo la patria potestad de ambos cónyuges, por lo que cuantas decisiones les afecten serán tomadas de común acuerdo, teniendo siempre presente el interés de los hijos.- No obstante los hijos, dado que así lo desean, quedarán bajo la guarda y custodia del padre, siempre que no manifiesten ser otra su voluntad. Dado el horario que tiene mi cliente y las edades de sus hijos, es totalmente capaz de conciliar su vida laboral con la familiar.- La hija mayor del matrimonio tiene 17 años y es clara su postura al respecto, si bien, como solicitaremos



más adelante en el presente escrito, el menor de los hijos del matrimonio manifiesta la misma postura, pero para acreditar la misma solicitamos que sea explorado por el Equipo Técnico.- Si esta propuesta que esta parte interesa no fue acordada en Sentencia por el Juzgador, solicitamos subsidiariamente que se valore la posibilidad de una custodia compartida, dado que lo hijos han manifestado en reiteradas ocasiones su voluntad de residir con su padre y el padre se he involucrado desde el principio en la educación y cuidado de sus hijos. La situación laboral de mi mandante hace posible que pueda encargarse de sus hijos desempeñando tal labor de una forma correcta.- 5°. Régimen de visitas. La madre podrá tener a sus hijos en su compañía los fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo. Ambas partes pactan que en caso que bien los días inmediatamente anteriores al viernes o los inmediatos posteriores al domingo ("puente" en ambos casos) resulten festivos, el progenitor no custodio, si coincide la estancia del fin de semana de los menores bajo su cuidado, podrá disfrutar de dichos día de forma completa en compañía de aquéllos, igualmente la progenitora custodia si le correspondiere.- El cónyuge no custodio tendrá un régimen de visitas intersemanales consistentes en dos tardes, martes y jueves desde las 19 horas hasta las 21 horas, siendo el lugar de entrega y recogida en el domicilio familiar.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: el primero de ellos desde el inicio de las vacaciones escolares en diciembre hasta el 31 del mismo mes a las 17.00 horas, y el segundo, desde el día 31 hasta el regreso a la actividad escolar en el mes de enero, debiendo reintegrar a los menores en el domicilio, en caso de que este segundo periodo corresponda al madre, a las 20 horas del día inmediato anterior a la reanudación de las clases, comenzando la madre en el primer periodo y alternándose ambos cónyuges en años sucesivos.- En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirá así mismo en dos partes; el primer periodo desde las 17 horas del último día lectivo hasta las 20 horas del Miércoles Santo; y el segundo periodo desde ese mismo momento hasta las 20 horas del último día de vacaciones escolares, correspondiendo el disfrute del primer periodo a la madre y el segundo al padre, cambiándose en años sucesivos.- Los días de fiestas locales serán alternativos entre los progenitores, entendiéndose que el primero de ellos desde la fecha de la sentencia, será para disfrute de los menores por el padre. El horario será, en caso de que no confluyan dichos festivos en puente, desde las 10 horas hasta las 21 horas, siendo el lugar de recogida y entrega de los menores el domicilio de donde residan con el padre.- Los días de los santos y cumpleaños de las menores se alternarán para su estancia con cada progenitor.- Entendemos que este régimen de visitas está más avocado a su aplicación con el hijo menor del matrimonio, puesto que por la edad que tiene la hija mayor, entendemos que se debe estar a lo que se acuerde entre la madre y ella.- En el caso de que no se admitiesen este régimen de visitas y si estuviese vigente una custodia compartida, el régimen de visitas de visitas a seguir sería el mismo que el anterior.- 6°. Bienes existentes en el domicilio conyugal. Continuarán en el mismo, para uso y disfrute de la esposa, si es que decide seguir residiendo en ella, excepto los objetos propios de los hijos, y de uso personal de ellos, que serán retirados de la vivienda.- 7°. Alimentos y contribución a las cargas del matrimonio. La esposa ingresará en la cuenta designada por el esposo la cantidad de Trescientos Euros (300 €) mensuales (150 € por cada hijo), que deberá pagar los cinco primeros días de cada mes, en concepto de alimentos para los hijos y contribución a las cargas familiares. Esta cantidad será objeto de revisión anual según el incremento del coste de la vida que publica el Instituto Nacional de Estadística.- Si por su Señoría se acordara que procede la Custodia compartida, esta parte entiende que cada progenitor satisfará los alimentos de los menores durante el periodo que convivan con ellos, sin perjuicio de que, respecto a los gastos extraordinarios, ambas partes lo abonen al 50 %.- 8°. Gastos extraordinarios. Se consideran gastos extraordinarios aquellos que generen el cuidado y educación de las menores serán abonados por mitad entre ambos progenitores. Por tales gastos se entenderán los que resulten excepcionales, no periódicos, imprevisibles, necesarios, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores y previamente consensuados expresa o tácitamente, sean los gastos medico sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, ni por cualquier otra mutualidad, entidad u otro organismo al que pudieran estar asociados o afiliados cualquiera de los cónyuges; y también los gastos correspondientes al material escolar que sea necesario o establezca con carácter general el centro donde cursen sus estudios los hijos.- 9°. Entrega de bienes gananciales. Previo inventario deberán determinarse en su momento los bienes gananciales o comunes que hayan de entregarse a cada uno de los cónyuges, así como lo relativo a su administración.- Si bien dejamos expresamente reflejado en la presente demanda que existen dos bienes gananciales del matrimonio, sean estos la vivienda que hasta el momento ha tenido la consideración de ganancial, sita en la CALLE001 , NUM001 y la vivienda donde reside mi mandante en la CALLE000 , NUM000 ambas de la localidad de Almendralejo (Badajoz), esta última domicilio actual y donde residirán los hijos del matrimonio si se atiende a lo solicitado por esta parte.- Así mismo existe una hipoteca sobre la vivienda sita en la CALLE000 , NUM000 de 54.090 €, de la cual resta a la fecha como capital pendiente 24.285,49 €.- c) Y una vez sea firme la sentencia, se libre mandamiento dirigido al Registro Civil de Almendralejo, para la inscripción de la misma.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Jacinta contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que,



«... dicte Sentencia en la que se acuerde la disolución del matrimonio por divorcio de los cónyuges y la adopción de las siguientes medidas definitivas: 1°.- La disolución por divorcio del matrimonio contraído por doña Jacinta y don Donato .- 2°.- Decretar que la patria potestad del hijo menor Agapito será compartida por ambos progenitores.- 3°.- Atribuir la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio a la madre doña Jacinta .- 4°.- Atribuir el domicilio conyugal sito en la CALLE001 n° NUM001 a la esposa y al hijo menor en cuya compañía queda.- 5°.- Se establezca el siguiente régimen de visitas a favor del padre: a) El padre podrá visitar a los menores y tenerlos en su compañía los martes y jueves de cada semana desde las 19 horas hasta las 21 horas.- b) El padre podrá tener en su compañía, a su hijo Agapito , los fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo. Si se diera la situación de "puente" o un festivo unido a un fin de semana el menor estará en compañía de aquel progenitor al que le corresponda estar con los niños ese fin de semana.- c) Las vacaciones escolares de Navidad, se dividirán en dos periodos, el primero de ellos desde el inicio de las vacaciones hasta las 17 horas del día 31 de Diciembre, y el segundo desde las 17 horas del 31 de diciembre hasta las 20 horas del día inmediatamente anterior al comienzo de las clases escolares, comenzando la madre en el primer periodo y alternándose ambos cónyuges en años sucesivos.- d) Las vacaciones escolares de Semana Santa, también se dividirán en dos periodos, el primero desde las 17 horas del último día lectivo hasta las 20 horas del Miércoles Santo, y el segundo periodo desde las 20 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del último día de vacaciones, comenzando la madre en el primer periodo, y alternándose ambos cónyuges en años sucesivos.- e) En las vacaciones de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en dos quincenas, disfrutando el padre de los menores en las primeras quincenas de cada mes y la madre en las segundas, tal y como viene haciéndose en la actualidad.- 5°.- La fijación para el hijo menor, y la hija mayor de edad pero dependiente económicamente, a cargo del padre de una pensión de alimentos en cuantía de 325 euros mensuales, 162'50 euros para cada hijo, pagadera por meses anticipados, mediante ingreso en la cuenta corriente que al efecto designe la esposa, y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo oficial que los sustituya.- Siendo satisfechos los gastos extraordinarios por mitad.- Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.»

El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables interesando del juzgado

«... dicte sentencia que corresponda a la vista de las pruebas practicadas.»

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 7 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, estimando parcialmente la solicitud de divorcio y medidas paternofiliales presentada por el procurador de los tribunales don José Manuel Caballero García Moreno, en nombre y representación de D. Donato , contra Dña. Jacinta declaro: 1. La disolución por divorcio del matrimonio contraído por D. Donato y Dña. Jacinta , con todos los pronunciamientos inherentes a este pronunciamiento.- 2. Se acuerda el régimen de custodia compartida del menor Agapito por parte de sus progenitores, Donato y Jacinta , siendo la patria potestad compartida.- 3. El uso del último domicilio conyugal, sito en la CALLE001 , n° NUM001 , corresponderá a doña Jacinta .- 4. En relación con el reparto del tiempo en el cual el menor estará con cada uno de los progenitores habrá de ser atendido con criterio preferente el acuerdo entre las partes, conforme a criterios de flexibilidad y mutuo entendimiento entre los progenitores. En defecto de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el junes, día en el cual el progenitor que ostenta ja custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.- Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.- 5. El progenitor que no esté ostentando a custodia tendrá derecho a tener en su compañía al hijo una tarde entre semana, que p defecto de acuerdo, será los miércoles desde la salida del instituto (o de las actividades extraescolares) hasta jas 20 horas en horario de invierno y las 21 horas en horario de verano. Las entregas del menor se harán en el domicilio del progenitor que ostente la custodia.- El menor disfrutará de la compañía de sus progenitores durante las vacaciones escolares por mitad: a. La Semana Santa se dividirá en dos periodos: el primero desde el Viernes de Dolores a las 18:00 horas hasta el Miércoles Santo a las 12:00 horas; y el segundo desde el Miércoles Santo a las 12:00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20:00 horas.- b. En cuanto al periodo estival de vacaciones, se dividirán las vacaciones escolares en dos periodos de igual duración que serán disfrutados alternativamente por cada progenitor.- c. En cuanto a las Navidades, se dividen en dos periodos, el primero desde el 22 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día 29 de diciembre a las 20:00 horas, y el segundo desde ese momento hasta el día 6 de enero a las 20:00 horas.- d. Tales periodos se designarán por mutuo acuerdo entre los progenitores, correspondiendo la elección, en defecto de



acuerdo, los años impares al padre y los pares a la madre.- 6. En relación con las comunicaciones, se reconoce al padre un derecho de comunicación con el hijo menor, a través de llamadas telefónicas u otros medios de comunicación, sin ninguna restricción, siempre que se realicen dentro de horarios y con una frecuencia razonables.- 7. Durante los anteriores periodos de vacaciones se suspenderá el régimen de visitas ordinario. Los progenitores se alternarán cada año para pasar el día del santo y el del cumpleaños del menor con él. 8. En cualquier caso, se reitera que las medidas anteriores acordadas relación con la comunicación, estancia y visitas se aplicarán sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los padres, siempre en beneficio del menor.- 9. En relación con la pensión alimenticia, ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, al haberse acordado un régimen de custodia compartida. En cuanto a la hija mayor de edad, Jacinta , la madre abonará la cantidad de 226 euros al mes. El pago se efectuará dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta que indique el padre. Dicha cantidad se actualizará, con efectos a 1 de enero de cada año, comenzando por el 1 de enero de 2015, mediante la aplicación del porcentaje del incremento del índice de precios al consumo, de ámbito nacional y para el año anterior a la actualización, por el Instituto Nacional de Estadística.- 10. Se abonarán por partes iguales por ambos progenitores los gastos extraordinarios consistentes en gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado de asistencia sanitaria (tales como gafas, ortodoncias o gastos de psicólogo, pero no los farmacéuticos), los académicos que excedan de los previsibles y normales de cada curso, así como actividades extraescolares y campamentos de verano, siempre que exista acuerdo de los cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. En caso contrario serán satisfechos íntegramente por el progenitor que los acuerde. Para el reembolso de la parte correspondiente de los gastos extraordinarios, éstos habrán de estar suficientemente acreditados. No se consideran gastos extraordinarios los libros de texto de cada curso, el uniforme, ni la matrícula de cada curso.- 11. Sin expreso pronunciamiento en costas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación doña Jacinta , y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Mérida, dictó sentencia con fecha 2 de febrero de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que Estimando el Recurso de Apelación presentado por la representación procesal de doña Jacinta contra la sentencia dictada en fecha 7 de febrero de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almendralejo , en los autos de Juicio de Divorcio núm. 96/2013, y en consecuencia Revocamos también en parte dicha resolución, acordándose: 1. El mantenimiento del régimen de custodia que, respecto del hijo menor de edad de los litigantes, Agapito , estableció la sentencia de separación de fecha 2 de junio de 2006 , así como el régimen de visitas de dos días a la semana que dicha resolución también establece. El régimen de visitas durante los periodos vacacionales será el que fija la sentencia apelada que, en concreto punto, se confirma.- 2. La pensión por alimentos a dicho hijo menor también será la establecida en la sentencia de separación, con las actualizaciones que correspondan según dicha sentencia. Los gastos extraordinarios se abonarán en los términos acordados en la sentencia apelada, que también se confirma en este punto.- 3.- Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.- 4.- No se imponen las costas del recurso a ninguna de las partes.»

TERCERO.- El procurador don José Manuel Caballero García-Moreno, en nombre y representación de don Donato , formalizó recurso de casación por interés casacional, amparado en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 92.6 y 8 del Código Civil , denunciando la infracción de jurisprudencia sobre la prevalencia del interés del menor como principio inspirador para el acuerdo de custodia compartida con cita de las sentencias de esta Sala de 29 de abril de 2013 , 25 de abril de 2014 , 19 de julio de 2013 , 25 de noviembre de 2013 .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 15 de julio de 2015 por el que se acordó admitir el recurso y que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, doña Jacinta , y al Ministerio Fiscal, habiéndose opuesto la primera mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Natalia Martín de Vidales, habiendo interesado el Ministerio Fiscal la estimación del recurso.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 20 de enero de 2016.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Seguido proceso de divorcio entre los cónyuges -ya separados judicialmente- don Donato y doña Jacinta , el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almendralejo dictó sentencia de fecha 7 de febrero de 2014 en la cual, para lo que interesa a efectos del presente recurso, acordó la guarda y custodia compartida del hijo



menor, nacido el NUM002 /2000, con la obligación de asumir los progenitores directamente los alimentos del menor.

El juzgador de primera instancia razonó en el sentido de que, para establecer un régimen de guarda, la opinión del menor debe ser tenida muy en cuenta, no solo por su edad -entonces de 14 años-, sino de su madurez y lo expresado por el mismo en la exploración judicial, en la que manifestó de forma "clara y sin ambages su voluntad de vivir más tiempo con su padre, e incluso de vivir con él", pese a no tener problemas con su madre, lo que le permitiría estar más tiempo con su hermana, mayor de edad, que vive con el padre. Además, no existe mala relación entre los padres y no hay nada que indique que el padre no está capacitado para el cuidado del menor, por lo que debía adoptarse el régimen de custodia compartida.

Recurrió en apelación la esposa doña Jacinta y la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª, con sede en Mérida) dictó sentencia de fecha 2 de febrero de 2015 por la que revocó la de primera instancia en cuanto a dicho pronunciamiento y acordó el mantenimiento del régimen de custodia que respecto del hijo menor, Agapito, estableció la sentencia de separación de fecha 2 de junio de 2006, que había atribuido la guarda y custodia a la madre con régimen de visitas para el padre. Consideró la Audiencia que, aunque el menor haya manifestado que prefería vivir con su padre, ello está «más bien relacionado con la comodidad que le supone la circunstancia de que el domicilio en que reside el padre está situado en el centro de la ciudad», lo que le daría más facilidad para sus actividades de estudio y de ocio; y que los padres no mantienen buenas relaciones sino que se limitan a la «mínima e indispensable comunicación» para que lo dispuesto en la sentencia de separación se lleve a cabo «sin demasiados conflictos». Asimismo, considera la Audiencia que el régimen de custodia compartida no distaría mucho, en la práctica, del régimen de custodia de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre, y argumenta que «en la anterior sentencia de separación se aprobó el convenio regulador propuesto por los entonces cónyuges, en el que se acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre; si la resolución judicial aprobó esta medida lo hizo porque entendió que con ella ese primordial interés de los menores quedaba suficientemente garantizado y, por tanto, en este procedimiento habrá que examinar si hay elementos nuevos que hagan razonable, en interés del ahora único hijo menor de edad, un cambio en el sistema de custodia».

Recorre en casación el padre demandante don Donato.

SEGUNDO.- Se denuncia la infracción en concepto de aplicación indebida del artículo 92. 6 y 8 del Código Civil, por oposición a la doctrina de esta Sala que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida y que viene recogida en las sentencias de 29 de abril de 2013, 25 de abril de 2014, 19 de julio de 2013 y 25 de noviembre de 2013.

Insiste la parte recurrente en que el menor, nacido en el año 2000, ha expresado de forma clara incluso su interés de vivir permanentemente con el padre, que reside en el casco urbano de Almendralejo, mientras que la madre vive en la URBANIZACIÓN000, a unos kilómetros de la ciudad; dándose la circunstancia, además, de que acude todos los días a una academia que se encuentra justo frente al domicilio de su padre. De ahí que la madre tenga que recogerlo todos los días cuando termina la clase y cuando acude al centro de la ciudad para salir con sus amigos.

Se muestra disconforme la parte recurrente con la argumentación de la sentencia recurrida cuando afirma que «el hecho de manifestar dicho menor que quería o prefería vivir con su padre está más bien relacionado con la comodidad que le supone la circunstancia de que el domicilio en que reside el padre está situado en el centro de la ciudad de Almendralejo, lo que permite más libertad para realizar sus actividades tanto escolares como de ocio». Igualmente discrepa del razonamiento según el cual "no cabe en el procedimiento de divorcio, modificar la anterior medida sin que se acredite la mentada alteración sustancial de las circunstancias", puesto que -afirma la parte recurrente- ya es suficiente cambio el que la sentencia de separación se dictara en el 2006 y que la custodia compartida se solicite en el 2013 y que cabe entender que el interés del menor ya no es el mismo.

TERCERO.- En efecto la Sentencia 257/2013, de 29 de abril, seguida por las de 19 julio 2013 y 25 noviembre 2013, y 25 abril 2014, todas ellas citadas por la parte recurrente, hasta la última de las dictadas de 20 enero 2016 (Rec. 3045/2014) sientan como «doctrina jurisprudencia! que la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil 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. La redacción del artículo 92 Cc 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».

En este caso, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al solicitar la estimación del recurso, es claro el interés del menor en el sentido de que se adopte el sistema de custodia compartida, pues así le conviene por razones de localización, lo que hay que tener en cuenta pues aunque no se trate de un criterio que predetermine la resolución judicial, sí ha de concedérsele especial relevancia cuando no concurren otros datos que hagan pensar en que la custodia compartida llevará consigo algún efecto negativo para dicho menor.

CUARTO.- Por todo ello, el recurso ha de ser estimado sin imposición de las costas causadas por el mismo (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y con devolución del depósito constituido (Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre de don Donato contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª, con sede en Mérida) de fecha 2 de febrero de 2015 en Rollo de Apelación nº 300/2014 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almendralejo con el nº 96/2013, en virtud de demanda de divorcio interpuesta por el hoy recurrente frente a doña Jacinta , por lo que casamos dicha sentencia y, en su lugar:

- 1.- Confirmamos la dictada en primera instancia.
- 2.- Reiteramos la doctrina jurisprudencial reflejada en el fundamento de derecho tercero.
- 3.- No ha lugar a condena sobre costas causadas en las instancias y en el presente recurso, con devolución del depósito constituido para su interposición.

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.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- Fernando Pantaleon Prieto.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.