



Roj: **STS 2568/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2568**

Id Cendoj: **28079110012016100350**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2016**

Nº de Recurso: **3113/2014**

Nº de Resolución: **355/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13580/2014,**
STS 2568/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 14 de octubre de 2014, en el rollo de apelación nº 1105/2013, dimanante de los autos de juicio verbal en materia de relaciones paterno filiales nº 183/2011 del Juzgado Mixto nº 3 de Valdemoro, Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Eufrasia, representada por la procuradora doña Mª Isabel Campillo García. Ha comparecido en calidad de parte recurrida don Alejandro, representado por la procuradora doña Mª Isabel Herrada Martín. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Esmeralda Figueroa López, en nombre y representación de don Alejandro, formuló demanda contenciosa para la regulación de las relaciones paterno-filiales, contra doña Eufrasia. En el suplico de la demanda solicitaba al Juzgado:

«...que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitirlo; tenerme por parte en la representación que ostento de DON Alejandro y ordenar se entiendan conmigo las sucesivas diligencias que procedan; por interpuesta DEMANDA CONTENCIOSA PARA LA REGULACION DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES a instancias de DON Alejandro contra su ex pareja DOÑA Eufrasia, a la que se emplazará en la forma que determina la Ley y, previos los trámites que procedan, dicte Sentencia, acordando, las siguientes medias:

1º.- Que se otorgue la custodia compartida del hijo menor de edad a ambos progenitores, permaneciendo siempre el menor en el domicilio familiar, rotando a los padres en la utilización de ese domicilio, y se establezca que dicho hijo estará bajo la custodia de cada uno de los progenitores durante quince días seguidos, pasando con el otro los fines de semana completos y dos tardes entre semana, acordándose que el primero de ellos corresponda al padre.

2º.- El hijo estará con cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de Verano, Navidad y Semana Santa, estableciéndose que, en caso de desacuerdo, el padre elegirá dichos períodos de vacaciones en los años pares y la madre en los impares.

3º.- Que cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sustento del hijo, que se devenguen durante el período que con él conviva. Los demás gastos extraordinarios, que genere dicho hijo, serán sufragados por ambos cónyuges a partes iguales.

Que, subsidiariamente y para el caso de que no fuera concedida la guarda y custodia compartida del menor, se solicita se confirmen las siguientes medidas, previamente acordadas, en Auto de 11 de febrero del 2011:

1ª.- Atribución de la guarda y custodia del hijo menor a su madre Doña Eufrasia , pero ejercitando ambos padres conjuntamente la patria potestad sobre aquel.

2ª.- Atribución del uso del domicilio familiar y el ajuar doméstico al menor y a la madre custodia.

3ª.- El padre disfrutará de la compañía del menor los fines de semana alternos, desde el viernes a las 10 horas, hasta el domingo a las 20 horas. Así mismo le corresponde dos tardes a la semana, que a falta de acuerdo, el martes y el jueves desde las 14 horas hasta las 19.30 horas. Las entregas y recogidas del menor se realizarán en el domicilio materno, bien por el padre, bien por los abuelos paternos o por otro familiar designado por Don Alejandro .

Al padre le corresponderá igualmente la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.

4ª.- Se establece una pensión de alimentos de 250 euros que deberá de abonar el padre por meses anticipados del día uno al cinco de cada mes, mediante su ingreso en la libreta de ahorro o cuenta bancaria que la madre designe. Esta cantidad será actualizada anualmente según el porcentaje de variación que experimente el IPC que establezca el Instituto Nacional de Estadística. Asimismo deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios del menor y de las cuotas correspondientes al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada y lo demás a que hubiera lugar en Derecho.»

2.- Por Decreto de 15 de marzo de 2011 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador don Rodolfo García Mochales Gutiérrez, en nombre y representación de doña Eufrasia , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«1) Que el hijo menor Isidro , quede bajo la guarda y custodia de DONA Eufrasia , mi representada.

2) Que los gastos extraordinarios y de educación, que se deriven de la adecuada atención de la menor, serán atendidos por ambos progenitores por partes iguales.

3) Que la patria potestad sea compartida por ambos progenitores.

4) Que se fije, como contribución y en concepto de alimentos para el hijo. la cantidad de 350 euros mensuales, teniendo en cuenta que el demandante tiene la profesión de taxista percibiendo más de 3.000 euros mensuales aproximadamente. Dicha cantidad será pagadera dentro de los cinco primeros días de cada mes, y actualizable anualmente, conforme a las variaciones que pueda sufrir el I.P.C.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Valdemoro, dictó sentencia el 10 de abril de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que debía fijar como medidas definitivas que regularan las relaciones personales y patrimoniales de DON Alejandro Y DONA Eufrasia con el hijo común, las siguientes:

- En cuanto a la guarda y custodia atribuir la misma a favor del padre, atribuyéndose el uso del domicilio familiar sito en CALLE000 nº NUM000 , NUM001 , en San Martín de Valdeiglesias al menor y al progenitor custodio con el que convive hasta que el mismo alcance la mayoría de edad, sin perjuicio de que los progenitores acuerden la liquidación del bien común sin que sufran merma los intereses del menor.

- El régimen de visitas de la madre con su hijo que será de fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes que será nuevamente entregado en el centro escolar y la tarde del miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas las semanas en las que le corresponda a la madre el fin de semana y con pernocta y entrega el jueves en el centro escolar las semanas en las que no le corresponda a la madre el fin de semana.

En todo caso, y atendiendo a la corta edad del menor, se debe permitir por el padre custodio una comunicación fluida de la madre con el menor, todo ello en beneficio de su desarrollo físico y emocional.

Ambos progenitores tendrán al menor en su compañía la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares.



-En cuanto a los alimentos se considera adecuada la pensión mensual de 250 euros, más los incrementos anuales del IPC, comprobados los ingresos de la madre, cantidad que deberá ser ingresada los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la madre, mas la mitad de los gastos extraordinarios.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en orden a las costas procesales.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Eufrasia , interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo su resolución a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 14 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Mª Isabel Campillo García en nombre y representación de doña Eufrasia , contra la sentencia dictada en fecha 10 de abril de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valdemoro , en autos de Relaciones paterno-filiales nº 182/11, seguidos a instancia de Don Alejandro contra la citada, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de establecer en concepto de pensión de alimentos con cargo a la madre el importe de 150€ mensuales con efectos desde la presente resolución, actualizables anualmente conforme al IPC, correspondiendo la primera actualización en Enero de 2015.

Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de doña Eufrasia , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en un único motivo, al amparo del art. 477.2.3 de la LEC , por infracción de la Doctrina Jurisprudencial relativa a la guarda y custodia compartida.

2.- La Sala dictó Auto el 13 de enero de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eufrasia contra la sentencia dictada, con fecha 14 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación nº 1105/2013 dimanante de los autos de juicio verbal en materia de relaciones paterno filiales nº 183/2011 del Juzgado Mixto nº 3 de Valdemoro.»

2.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Alejandro , formuló oposición al recurso presentado de contrario.

3.- El Ministerio Fiscal en su informe, impugnó el motivo de casación interpuesto, en base a los motivos que consideró oportunos.

4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 10 de mayo de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- Don Alejandro presentó demanda contra doña Eufrasia solicitando la adopción de medidas definitivas personales y patrimoniales relativas al hijo común.

2.- La sentencia de primera instancia decidió, en lo que es de interés al recurso, atribuir la guarda y custodia del hijo a favor del padre con un amplio régimen de visitas de la madre con aquél.

3.- Para motivar su decisión tuvo como principio rector el interés del menor y, a partir de él, se detuvo en las circunstancias del caso tras valorar la prueba practicada, destacando a tal fin el informe del equipo psicossocial. En éste se concluye que lo más conveniente para Isidro es la custodia paterna, principalmente en cuanto a la motivación y a la vinculación con el menor, haciéndose alusión a personas auxiliares que pueden colaborar con el cuidado del menor, atendido, pues, en horario laboral de los padres. En ese sentido la figura de los abuelos paternos coadyuvarán a su atención, mientras que la madre carece de esa ayuda.

4.- La representación procesal de doña Eufrasia interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su conocimiento a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 14 de octubre de 2014 por la que confirmaba la sentencia de primera instancia respecto de la guarda y custodia del menor Isidro .

5.- Al igual que la sentencia dictada por el Juzgado destaca para decidir sobre una medida de esa naturaleza, la Ley de Protección Jurídica del menor de fecha 15 de enero de 1996, la normativa internacional, Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989, esto es, considerar primordial el interés de los menores. Y, al igual que la sentencia de primera instancia, se apoya en el informe psicosocial del que extrae las mismas consecuencias para concluir que el interés del menor aconseja que le sea confiada al padre la guarda y custodia del hijo. El menor en el plano social el círculo que más frecuenta y con el que presenta mayor afectividad es con el del padre, teniendo éste ayuda familiar, de la que carece la madre, para ser auxiliado en la guarda y custodia del hijo.

6.- La representación procesal de la parte demandada interpuso contra la anterior resolución recurso de casación por interés casacional, articulando un solo motivo en los términos que luego se enunciarán.

7.- La Sala dictó auto el 13 de enero de 2016 por el que se admitía el recurso y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrida.

8.- El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso porque la sentencia recurrida ha valorado, conforme a la doctrina de esta Sala, el interés del menor, a partir de los hechos probados fijados por el Juez "a quo", existiendo circunstancias o motivos negativos para no establecer un régimen de guarda y custodia compartida.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Enunciación y planteamiento.

Se articula un único motivo en el que se alega la infracción del art. 92 del CC conforme a la interpretación jurisprudencial del mismo efectuado por esta Sala en SSTS de 29 de abril de 2013, 22 de octubre de 2014, 19 de julio de 2013 que declaran que "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.". Se argumenta que la sentencia recurrida solo ha valorado el informe del equipo psicosocial para acordar la guarda y custodia exclusiva para el padre pese a reconocer un amplio régimen de visitas a favor de la progenitora no custodia que conlleva implícitamente el reconocimiento de que no existe impedimento alguno para el normal desarrollo de la relación paterno filial. Añade que no se ha valorado correctamente el interés del menor pues, más allá de la referencia al contenido del informe psicosocial, se ha obviado que en el auto de medidas provisionales previas se atribuyó la guarda y custodia a la recurrente, aun reconociendo que la guarda y custodia compartida era el régimen más apto pero que no había solicitado por ninguno de los progenitores, que dicho régimen fue interesado inicialmente por el padre, sin que se haya puesto en duda su aptitud para ostentar la guarda y custodia como de hecho vino haciendo inicialmente.

Se interesa por la recurrente que se otorgue la custodia compartida del hijo menor de edad a ambos progenitores, permaneciendo siempre el menor en el domicilio familiar, rotando los padres en la utilización del domicilio.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1.- Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.



Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»

Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre).

2.- Tomando como punto de partida la anterior consideración, se habrá de dilucidar en cada caso concreto si prima en la decisión que se adopta 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 , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 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" (SSTS 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015).

3.- Siguiendo este orden metodológico se ha de indagar si en el caso que se enjuicia se ha respetado el interés del menor, pero teniendo en cuenta (STS de 30 de diciembre 2015) que «La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS 27 de abril 2012 , citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.»

4.- La Sala, aplicando la doctrina que antecede, no aprecia que la sentencia recurrida, que hace suya la de primera instancia, haya infringido la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la guarda y custodia compartida. Reconoce como vía para decidir sobre la medida en cuestión el interés y beneficio del hijo menor, con cita de la legislación nacional e internacional que le sirve de apoyo. Valora a tal fin la existencia de apoyos del padre para cumplir la guarda, ayuda de la que carece la madre, así como la mayor vinculación afectiva, por las circunstancias del caso, del menor con la familia paterna. Estudiado el entorno en el que se desenvolverá el menor el régimen acordado es el que considera adecuado el informe del equipo psicossocial.

A ello cabe añadir que el plan de guarda propuesto por la recurrente en su recurso solicitando que el menor permanezca en la vivienda familiar y vayan rotando los progenitores, esto es, el régimen de las tres viviendas, no consta que sea viable económicamente ni tampoco, ante la ausencia de ayuda externa en la vivienda familiar, el más beneficioso para el cuidado y atención personal al menor, en atención a que ambos progenitores tienen empleo.

Por todo ello el motivo se desestima.

CUARTO.- De conformidad con lo que disponen los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Eufrasia , representada por la procuradora doña Mª Isabel Campillo García, contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el 14 de octubre de 2014, en el rollo de apelación nº 1105/2013 , dimanante de los autos de juicio verbal en



materia de relaciones paterno filiales nº 183/2011 del Juzgado Mixto nº 3 de Valdemoro, **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º**- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ