



Roj: **STS 5285/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5285**

Id Cendoj: **28079110012016100693**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2016**

Nº de Recurso: **60/2016**

Nº de Resolución: **722/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2015 dictada en recurso de apelación, núm. 246/2015, de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 323/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Lucio, representado por la procuradora Dña. María Jesús Mateo Herranz, bajo la dirección letrada de Dña. Rosa Díaz Hernández, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Salvadora representado por la procuradora Dña. María Isabel García Martínez bajo la dirección letrada de Dña. Ángeles Iturralde Sánchez y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Lucio, representado por la procuradora Dña. Esmeralda González García del Río y bajo la dirección letrada de Dña. Aurora Mora Parraga, interpuso demanda de juicio de divorcio contra Dña. Salvadora y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Resolviendo que ha lugar a la disolución del matrimonio contraído entre demandante y demandado, con expresa solicitud del recibimiento del pleito a prueba, y con los siguientes efectos y medidas:

»Primera.- Que se decrete el divorcio matrimonial de los esposos, quedando revocados los consentimientos y poderes que los cónyuges se hayan podido otorgar.

»Segunda.- Se atribuirá la guarda y custodia compartida a ambos progenitores por semanas alternas. En la semana que corresponda al progenitor custodio, este se personara en el domicilio familiar el domingo a las 20:00 horas permaneciendo en dicho domicilio hasta las 20:00 horas del domingo siguiente.

»Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad y, por consiguiente, adoptarán de mutuo acuerdo cuantas decisiones de cierta trascendencia afecten al menor y, de forma especial, las relativas a su salud, educación y formación.

»Tercera.- Atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal y de los muebles y enseres del mismo, a los hijos fruto del matrimonio, Jesús Ángel, Covadonga y Argimiro, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, al progenitor custodio en cuya compañía se encuentren semanalmente, y en los períodos vacacionales correspondientes.

»Cuarta.- Régimen de Visitas.- Al interesar esta parte la guarda y custodia compartida, los menores permanecerán con el progenitor custodio que en cada momento corresponda. Al interesar que permanezcan con los mismos semanalmente, en la semana que corresponda al progenitor custodio, este se personara en el



- domicilio familiar el domingo a las 20:00 horas, permaneciendo en el mismo hasta las 20:00 horas del domingo siguiente cuando el progenitor custodio que corresponda esa semana llegue al domicilio.
- »Dentro de este período semanal, el cónyuge custodio se encargará de llevar y recoger a los menores del centro escolar, entrando estos a las 9:30 horas hasta las 13:30, y por las tardes desde las 15:00 horas hasta las 16:30, ayudándoles a hacer las tareas diarias, compartiendo con ellos el resto de rutinas tales como desayunos, comidas, meriendas y cenas, aseo personal, tiempo de ocio y juegos, etc.
- »Se interesa que la semana que el progenitor no tenga a los menores consigo, pueda visitar a los mismos un día entre semana, pudiendo ser los miércoles recogiendo a los mismos en el centro escolar a las 16:30 horas y reintegrándolos al domicilio familiar a las 20:30 horas.
- »Los períodos de vacaciones escolares de los menores serán repartidos de manera igualitaria y, en caso de desacuerdo, se acuerda el siguiente:
- »Vacaciones de Semana Santa, el período vacacional será dividido en dos mitades, el primero desde el inicio de las vacaciones escolares hasta las 14.00 horas del Miércoles Santo y el segundo desde las 14.00 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del Lunes de Resurrección. En caso de desacuerdo entre los progenitores corresponderá el primer período al padre en años pares y a la madre en años impares.
- »Vacaciones de verano, el período de vacaciones será dividido en dos mitades:
- »- La primera mitad comprenderá los siguientes períodos: desde el día 15 de julio a las 20:00 horas hasta el día 31 de julio a las 20:00 horas y desde el día 15 de agosto a las 20:00 horas hasta el día 31 de agosto a las 20:00 horas.
- »- La segunda mitad comprenderá los siguientes períodos: desde el día 30 de junio a las 20:00 horas hasta el día 15 de julio a las 20:00 horas; desde el día 31 de julio a las 20:00 horas hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas.
- »En caso de desacuerdo entre los progenitores le corresponderá al padre disfrutar el primero período en los años pares y el segundo en los impares.
- »A partir del 31 de agosto a las 20:00 horas comenzará nuevamente el régimen de semanas alternas, comenzando el progenitor que no haya disfrutado de los menores, este último período vacacional.
- »Vacaciones de Navidad, el período vacacional será dividido en dos períodos: el primero, desde el inicio de las vacaciones escolares a la salida del centro escolar hasta el día 31 de diciembre hasta las 16:00 horas, y el segundo, desde el día 31 de diciembre a las 16:00 horas hasta las 20.00 horas del día anterior a aquel en que comiencen las clases en el mes de enero, excepto los días 5 y 6 de enero que tienen un régimen especial. En caso de desacuerdo entre los progenitores corresponderá al padre la primera mitad en los años pares y la segunda mitad en los años impares.
- »Con independencia del reparto de las vacaciones de Navidad reseñado, el día 6 de enero, festividad de Reyes Magos, los menores permanecerán con el progenitor que corresponda, pudiendo disfrutar el otro progenitor de los menores durante la mañana de dicho día en la franja horaria de 11:00 hasta las 13:00 horas, aplicándose a partir de las 20 horas el régimen general de Navidad.
- »Cada progenitor gozará de la compañía del menor el día de su cumpleaños (25 de agosto la madre y el 31 de mayo el padre), así como el día del padre y de la madre.
- »De esta manera, los padres gozarán de la compañía de los menores el día de su cumpleaños, si fuera lectivo podrá recoger a los menores desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas del día de su cumpleaños que retornará al domicilio familiar y el día de la madre y del padre, siendo festivo desde las 10:00 horas hasta las 20:00 horas.
- »Si las señaladas fechas coincidieren en el viernes que toque la custodia al progenitor saliente, se alterará si fuera preciso y siempre de común acuerdo, de tal manera que los menores disfruten de la compañía de la madre el día de su cumpleaños y el día de la madre, y el padre, el día de su cumpleaños y el día del padre.
- »El día de los cumpleaños de los menores se facilitará la compañía de ambos progenitores con los niños; no obstante, ese día tienen derecho ambos progenitores a ver a los menores, y si cayera en fin de semana, de común acuerdo se vería el reparto que se podría hacer, y en su defecto, se facilitará la celebración de dicho día con sendas familias, ese día o al día siguiente.
- »En fechas de especial significación, como la celebración de la Primera Comunión y otros eventos, ambos cónyuges tienen el derecho y la obligación de acudir a la celebración y convite al efecto celebrados, colaborando igualmente en su organización.



»Los progenitores podrán comunicar de forma telefónica o epistolar con los hijos siempre que no se haga de forma caprichosa, injustificada o fuera de las horas normales para ello.

»En todo caso en el cumplimiento de este régimen de visitas se respetarán las obligaciones escolares de los menores, y en ningún caso ninguno de los progenitores podrá sacar al menor de territorio nacional sin el consentimiento del otro progenitor.

»Quinta. - Dado que se interesa la guarda y custodia compartida, cada uno de los cónyuges contribuirá a la manutención de los menores la semana que les corresponda, no correspondiendo por tanto a ninguno de los cónyuges contribuir con una pensión de alimentos para los menores.

»No obstante y por acuerdo expreso de los cónyuges estos han acordado que dado que Dña. Salvadora en la actualidad no trabaja, y con carácter excepcional hasta que la misma encuentre trabajo o subsidiariamente con un límite de un año, mi mandante contribuirá a la manutención de éstos en la cuantía de 500.-? mensuales, que es lo que se ha estimado suficiente por ambos progenitores para su manutención mensual y que así se acredita con la documentación aportada, con el límite máximo de un año o hasta que la demandada se incorpore al mercado laboral.

»Con respecto a los gastos extraordinarios: todos los gastos referidos a la subvención de necesidades de los hijos que no pueden ser previstos por su carácter extraordinario serán abonados a partes iguales entre los dos progenitores.

»Sexta.- Disolución de los bienes comunes.- Que por parte del Juzgado se proceda a la disolución de los bienes comunes tal y como se ha establecido a lo largo del presente escrito.

»Séptima.- Condenar en costas a la demandada si con temeridad manifiesta o mala fe se opusiera a lo que se pide, y una vez que se dicte la sentencia y sea firme, se comunique al Registro Civil de Madrid a fin de sea anotada al margen del acta de matrimonio de mi representada y demandado la citada resolución.

»Todo ello por ser de Justicia que pido».

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicando al juzgado se dicte sentencia:

«Conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

3.- La demandada Dña. Salvadora se personó en la causa y contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. María Isabel García Martínez y defendida por la letrada de Dña. Ángeles Iturralde Sánchez, opuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Que verse sobre los siguientes extremos:

»a).- El divorcio del matrimonio contraído por mi mandante, Doña Salvadora y don Lucio .

»b).- La disolución de la sociedad legal de gananciales.

»c).- En cuanto al domicilio familiar que era el sito en la localidad de Ames, no cabe su atribución a ninguna de las partes por haber sido abandonado por ambos cónyuges, debiendo los menores permanecer junto con su madre en el domicilio sito en la C/ DIRECCION000 núm. NUM000 NUM001 de Madrid.

»d).- Guarda y custodia, patria potestad y régimen de visitas. Los hijos menores del matrimonio continuarán bajo la guarda y custodia de la madre, siendo la patria potestad compartida y estableciéndose a favor del padre el siguiente régimen de visitas:

»1. El padre podrá tener a sus hijos menores en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 21:00 horas del domingo, debiendo recogerlos en el centro escolar y reintegrarlos en el domicilio materno. Cualquier festividad escolar anterior o posterior al fin de semana se considerará unido a éste y corresponderá su estancia al progenitor con el que se encuentra dicho fin de semana.

»2. Asimismo, el padre podrá tener en su compañía a los hijos los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 21:00 horas los fines de semana que los menores están con él y los lunes y los miércoles la semana en que el fin de semana están con su madre. Este es el régimen de visitas que ambos pactaron y que llevan cumpliendo desde febrero de 2014, fecha en la que se produjo el traslado tener la posibilidad de organizar sus vidas y su ocio sin depender constantemente de la voluntad paterna. En caso de que el padre ya prevea que no puede cumplir dicho régimen que solicite la fijación de uno mas reducido (una tarde por semana).

»3. Las vacaciones escolares de Navidad se repartirán por mitad entre ambos progenitores, considerándose que dichas vacaciones comienzan el día en el que finalizan las clases y que finalizan el día previo al inicio del



colegio. En caso de discrepancia en cuanto a la elección del período corresponderá elegir los años impares a la madre y los pares al padre.

»4. Respecto a las vacaciones escolares de Semana Santa se distribuirán igualmente por mitad entre ambos progenitores, de la forma en que ambos acuerden y, en caso de discrepancias, elegirá los años impares el padre y los pares la madre.

»5. Las vacaciones escolares estivales del hijos serán repartidas por mitad, estableciéndose el siguiente régimen para el caso de discrepancia: se considerará que las vacaciones escolares de verano de los hijos se extienden desde que finalizan las clases en el mes de junio hasta el reinicio de las clases en septiembre y se dividirán en cuatro períodos quincenales a los efectos de disfrutar cada progenitor dos períodos quincenales no sucesivos sino alternos. Para el supuesto de desavenencia corresponderá las primeras quincenas de julio y agosto (así como los días de junio) al padre y las segundas quincenas de julio y agosto a la madre (así como los días de septiembre) en los años pares y a la inversa en los años impares; de forma que el mismo progenitor no disfrute de dos períodos seguidos.

»6. El padre tendrá en su compañía a los menores el día del padre, de forma que si este fuera laborable los recogerá a las 18:00 horas y lo reintegrará a las 21:00 horas y si fuera festivo y no le correspondiera estar con los menores, podrá recogerlos a las 11:00 horas de la mañana, reintegrándoles a las 21:00 horas.

»7. La madre tendrá a los hijos el día de la madre desde las 11 horas de la mañana hasta las 21:00 horas; recogiendo en el domicilio en que se encuentren con el padre si por turno de visitas no le correspondiere a ella estar con el menor.

»8. El día del cumpleaños de los hijos, estos lo pasarán con el padre o la madre observándose un sistema rotativo desde la salida del colegio hasta las veintiuna horas y si fuera festivo desde las 11:00 horas hasta las 21:00 horas.

»La razón por la que se solicita que la recogida del menor sea a las 11:00 horas en lugar de a las 10:00 horas en los apartados previos radica en respetar en procurar el descanso del menor los días no laborables.

»e).- Alimentos: En concepto de alimentos el padre deberá abonar a la madre la suma de mil ochocientos (1800) euros al mes por los menores, a razón de seiscientos euros al mes por menor.

»Además, todos los gastos extraordinarios de los hijos, como gastos médicos, actividades extraescolares, viajes al extranjero, etc., serán abonados por ambos progenitores en función de sus respectivos ingresos.

»Dicha cantidad deberá abonarse en la cuenta que a tal efecto designe mi mandante entre los días 1 a 5 de cada mes y será revalorizable por aplicación del IPC del año anterior, cada uno de enero.

»f).- Levantamiento de las cargas familiares. El Sr. Lucio deberá hacer frente al pago de las cargas familiares en los términos descritos en el hecho quinto de la presente contestación.

»Se solicita asimismo se atribuya a la demandada el uso del vehículo Porsche Cayenne S ,matrícula-JFY , dado que es el que ha venido utilizando como vehículo de transporte para sus hijos y le es necesario para los desplazamientos con ellos.

»g).- Se solicita una pensión compensatoria a favor de Doña Salvadora que deberá abonarse por Don Lucio durante cinco años a razón de quinientos (500) euros al mes. Dicha suma deberá revalorizarse anualmente por aplicación del IPC del año anterior, cada uno de enero.

»h).- Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante si se opusiere a las pretensiones de esta parte».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 6 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Que estimando como estimo, en parte, la demanda promovida por la procuradora de los tribunales Dña. Esmeralda González García del Río, en nombre de D. Lucio , contra Dña. Salvadora , sobre divorcio, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre ambos litigantes, el día 12 de Septiembre de 2003 en Cabanillas del Campo (Guadalajara), con cuantos efectos son inherentes a ello y, en especial, las medidas siguientes:

»1.^a- Se atribuye la guarda y custodia de los tres hijos menores de edad, Jesús Ángel , Covadonga y Argimiro a la madre. Siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.



»2.ª- El progenitor no custodio podrá relacionarse con los menores en la forma que ambos progenitores acuerden, fijando con el carácter de mínimos, para el caso de desacuerdo, el siguiente:

»- Fines de semana alternos de cada mes, desde la salida del colegio, los viernes, hasta el lunes, en que serán llevados al colegio, uniéndose los puentes y días festivos, inmediatamente anteriores o posteriores, al fin de semana que le corresponda. Siendo reintegrados al domicilio en que habitan con la madre.

»- Dos días entre semana, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, en invierno, y hasta las 21:00 horas en verano.

»- La mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, eligiendo período, los años pares la madre, y los impares el padre. Las vacaciones escolares de verano se dividirán también, por mitad, pasando los menores con cada uno de los progenitores quince días, de forma alterna.

»No procede fijar ningún otro extremo en relación al régimen de visitas, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar las partes.

»3.ª- D. Lucio , abonará a Dña. Salvadora , en concepto de alimentos, para los hijos menores, la suma de quinientos cincuenta (550) euros mensuales, para cada uno de los hijos mil seiscientos cincuenta (1.650) euros por los tres. Cantidad que será ingresada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe. Y que será actualizada anualmente, con efectos del mes de enero de cada año, de acuerdo con el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Debiendo abonar, también, el 50% de los gastos extraordinarios que generen los menores.

»4.ª- D. Lucio abonará a Dña. Salvadora , en concepto de pensión compensatoria, la suma de 500 euros mensuales, durante dos años. Cantidad que será ingresada por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe. Y que será actualizada anualmente, con efectos del mes de enero de cada año, de acuerdo con el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

»No procede adoptar ninguna otra medida.

»No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

»Firme que sea la presente, expídase el oportuno despacho al Registro Civil correspondiente para la anotación marginal de la misma en el acta de matrimonio a los efectos registrales oportunos».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 28 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Lucio , representado por la procuradora Dña. Esmeralda González García del Río, contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 93 de Madrid , dictada en el proceso sobre divorcio núm. 323/14, seguido con Dña. Salvadora , representada por la procuradora Dña. Isabel García Martínez, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución íntegramente, y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes. Con pérdida del depósito constituido, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita».

TERCERO.- 1.- Por D. Lucio se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero y único.- En base al art. 477 LEC , por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción de los arts. 90 , 91 , 146 y 147 del C. Civil , presentando el recurso interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en primer lugar, sobre la petición por parte de un progenitor, en este caso del padre de los menores, de la guarda y custodia compartida de los hijos habidos en el matrimonio, debido a que ha sido, siempre el padre el que más se ha ocupado de los hijos, teniendo con los menores una dedicación y ocupación total, esta petición se hace en beneficio de los menores que están acostumbrados a estar mucho tiempo con el padre, y en segundo lugar, sobre la petición de la reducción de la pensión de alimentos a favor de los hijos, por consecuencia de que el padre se ha quedado sin la empresa que tenía debido a su mal funcionamiento y se ha quedado en una situación de desamparo económico, haciendo trabajos de forma esporádica.

Existe un tercer punto dentro de este único motivo que no fue admitido por esta Sala por lo que no se hace referencia al mismo.



Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 22 de junio de 2016 , se acordó admitir los motivos primero y segundo del recurso interpuesto, y no admitir el motivo tercero del mismo y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos efectos.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Isabel García Martínez, en nombre y representación de Dña. Salvadora , presentó escrito de oposición al mismo y por su parte el fiscal apoyó en sus alegaciones los motivos admitidos de la casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

1. Acción ejercitada y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de la demanda de divorcio contenciosa promovida por el ahora recurrente, en el que se solicitaba un régimen de custodia compartida para los tres hijos menores (nacidos, respectivamente, en los años 2003, 2006 y 2009), en el que cada progenitor se hiciera cargo de los gastos de los menores la semana que le correspondiere.

En la sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, se acordó el divorcio de los cónyuges con la atribución de la guarda y custodia de los tres hijos menores a la madre, reconociendo a los menores una pensión alimenticia por importe de 550 euros mensuales a cada uno de ellos (lo que supone un total de 1650 euros), con cargo al padre.

El juzgador de primera instancia motiva la anterior decisión, en cuanto relativa a las medidas, en los siguientes términos: «es procedente mantener las ya acordadas en el auto de medidas provisionales anteriormente citado, al haberse desarrollado éstas de forma satisfactoria, y considerarse lo más beneficioso para los menores, en el momento actual».

2. Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), desestimó el recurso confirmando los términos de la resolución recurrida pese a «la escasa motivación y argumentación jurídica de la sentencia de instancia». Considera la sala de apelación que: «las medidas adoptadas inicialmente están funcionando completamente y se están desarrollando con normalidad, lo que hace innecesario hacer cambios en cuanto al sistema de guarda y custodia ya acordado por auto de medidas provisionales», y que la extensión del régimen de visitas es «lo suficientemente amplio para mantener una relación afectiva entre los hijos y el progenitor no custodio». Y añade, la citada resolución, respecto del importe de la pensión alimenticia, que éste debe de ser confirmado al no resultar acreditado que la situación económica del progenitor obligado al pago haya empeorado.

3. Recurso de casación.

Frente a la citada resolución se interpone por el actor recurso de casación fundado en un único motivo, desglosado en tres apartados. el primero, por infracción de los arts. 90 y 91 CC , en relación a la petición de la parte de adopción del régimen de guarda y custodia compartida en beneficio de los menores, por considerar que habría sido el padre «el que más se ha ocupado de los hijos», que ambos progenitores disfrutaban de tiempo suficiente para estar con los menores debido a sus trabajos esporádicos, y ambos tendrían predisposición y disponibilidad para estar con sus hijos, y que la estimación de la guarda compartida determinaría que no habría lugar a discutir sobre la pensión de alimentos para los menores; el segundo, por infracción de los arts. 146 y 147 CC por considerar que la pensión alimenticia acordada en favor de los hijos menores, no habría atendido al principio de proporcionalidad, pues el recurrente habría cerrado su empresa, y viviría de trabajos «suelos», mientras que los hijos irían a un colegio público, por lo que el «único» desembolso que habría que hacer mensualmente para los hijos, sería la comida que consumen mensualmente. Respecto al tercer apartado, relativo a la pensión compensatoria adoptada, fue objeto de inadmisión.

Para justificar el interés casacional el recurrente considera que el interés del menor no habría quedado suficientemente salvaguardado y que la guarda y custodia compartida no puede considerarse como una medida excepcional, con cita de las SSTS de 18 de noviembre de 2014 , 24 de abril de 2014 y de 15 de octubre de 2014 .

SEGUNDO .- *Motivación de la casación.*



Motivo primero y único. En base al art. 477 LEC , por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción de los arts. 90 , 91 , 146 y 147 del C. Civil , presentando el recurso interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en primer lugar, sobre la petición por parte de un progenitor, en este caso del padre de los menores, de la guarda y custodia compartida de los hijos habidos en el matrimonio, debido a que ha sido, siempre el padre el que más se ha ocupado de los hijos, teniendo con los menores una dedicación y ocupación total, esta petición se hace en beneficio de los menores que están acostumbrados a estar mucho tiempo con el padre, y en segundo lugar, sobre la petición de la reducción de la pensión de alimentos a favor de los hijos, por consecuencia de que el padre se ha quedado sin la empresa que tenía debido a su mal funcionamiento y se ha quedado en una situación de desamparo económico, haciendo trabajos de forma esporádica.

Se solicita adopción del régimen de guarda y custodia compartida en beneficio de los menores, por considerar que habría sido el padre «el que más se ha ocupado de los hijos», que ambos progenitores disfrutaban de tiempo suficiente para estar con los menores debido a sus trabajos esporádicos, y ambos tendrían predisposición y disponibilidad para estar con sus hijos y que la estimación de la guarda compartida determinaría que no habría lugar a discutir sobre la pensión de alimentos para los menores.

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

Del texto de la resolución recurrida y de la sentencia del juzgado, que se asume en apelación, se deduce que se deniega la custodia compartida porque el sistema adoptado en medidas provisionales, de custodia a la madre, había funcionado correctamente.

Es decir, no se analizan las razones por las cuales no se establece el sistema peticionado de custodia compartida.

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)».

CUARTO .- Sentado que el sistema de custodia compartida, denegado en la sentencia, es el sistema deseable, debemos concretar si en el caso de autos es el conveniente, a la vista de las circunstancias concretas que concurren.

En primer lugar debemos declarar, que en autos no se han practicado pruebas psicosociales y/o exploraciones de los menores, que pudieran aportar luz sobre las capacidades y aptitudes de los progenitores y sobre las inquietudes de los menores. Estas pruebas fueron propuestas por el padre y denegadas en las dos instancias, sin que se haya interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal.



En segundo lugar, no se aporta un plan contradictorio (sentencia núm. 801 de 2016) ya que se trata:

«De concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

La ausencia de elementos probatorios y fundamentadores de la custodia compartida impide que esta sala pueda aceptar su instauración, en el presente caso, al desconocer si es la propuesta más conveniente para el interés de los menores (art. 92 del C. Civil).

QUINTO .- Entiende el recurrente que se ha violado el art. 146 del C. Civil y jurisprudencia que lo interpreta al no respetarse el principio de proporcionalidad.

Debe desestimarse este submotivo, dado que en la sentencia recurrida se declara probado «que habida cuenta que el recurrente en su recurso no ha acreditado que su situación económica o profesional haya venido a peor, solamente hace referencia a ello como simple manifestación».

Frente a este hecho probado, no se recurre en infracción procesal, por lo que la necesaria consecuencia jurídica debe ser que se ha respetado el principio de proporcionalidad, dada la actividad empresarial del padre y la ausencia de ingresos de la madre.

SEXTO .- Costas.

Procede imposición de las costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC).

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 D. Lucio , contra sentencia de 28 de octubre de 2015, de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º**- Confirmar la resolución recurrida. **3.º**- Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito 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.