



Roj: **STS 43/2018 - ECLI:ES:TS:2018:43**

Id Cendoj: **28079110012018100015**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **1447/2017**

Nº de Resolución: **22/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 375/2017,**
STS 43/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 22/2018

Fecha de sentencia: 17/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1447/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CADIZ SECCIÓN N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 1447/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 22/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 17 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Sabina , representada por la procuradora doña M.^a Carmen Marquina Romero bajo la dirección Letrada de doña Cristina Couce Prieto, contra la sentencia dictada con fecha 3 de marzo de 2017, por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz en los autos sobre guarda y **custodia** de menores n.º 761/ 2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Puerto Real. Ha sido parte recurrida don Pedro Miguel , representado por el procurador don Luis Arguelles González , bajo la dirección letrada de don José Ignacio Quintana Balonga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º - El procurador don Julio Fernández Roche, en nombre y representación de doña Sabina interpuso demanda de juicio sobre reclamación de guarda y **custodia** contra don Pedro Miguel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Atribución de la guarda y **custodia** del menor a su madre, doña Sabina , siendo la patria potestad de titularidad exclusiva de la madre.

» Atribución del uso de la vivienda familiar, sita en Puerto Real, AVENIDA000 , NUM000 portal NUM001 , NUM002 NUM003 , a la Sra. Sabina y a su hijo.

» Obligación de satisfacer una pensión de alimentos a favor del menor por parte del demandado, que se fija en cuatrocientos euros mensuales, a abonar, anticipadamente en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria designada a tal efecto por la madre. Dicho importe se actualizará anualmente y de forma automática conforme a las variaciones positivas que experimente el IPC que publica el INE u organismo que pudiera sustituirle.

»Ambos progenitores sufragarán los gastos extraordinarios del menor por mitad, entre los que se comprenderán, entre otros, los de carácter sanitario y educativo, tales como enfermedades, prótesis, ópticos, ortodoncias, médicos, farmacéuticos, libros de texto, los que no se correspondan con los planes de estudio de enseñanza obligatoria o con actividades extraescolares no relacionadas con asignaturas obligatorias, los de educación, formación integral, vestuario, uniforme y zapatos escolares, material, transporte y seguro escolares, comedor y gastos de desplazamiento, estudios superiores y especiales.

»Y todo ello, con expresa condena en costas al demandado, si concurrieren los presupuestos establecidos en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.º- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

3.º- La procuradora doña Rocío Galán Cordero, en nombre y representación de don Pedro Miguel 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.

«1a) Por el momento y dada la existencia de la orden de alejamiento respecto del menor y de su madre adoptada por Auto de 18.8.15 en el seno de las D.P. 908/15, la guarda y **custodia** se ha de atribuir a la actora, siendo la patria-potestad **compartida** por ambos progenitores al no haber razón alguna que aconseje atribuírsela exclusivamente a la madre tal y como esta pretende.

»2a) El uso de la vivienda familiar se le ha de atribuir al menor y a la actora.

»3a) Por el momento y dada la existencia de la orden de alejamiento respectó del menor y de su madre adoptada por Auto de 18.8.15 en el seno de las D.P. 908/15 el régimen de visitas continuara siendo de dos horas semanales en Punto de Encuentro Familiar y en su modalidad de Tutelado. Ahora bien a este concreto particular ha de imponérsele expresamente por el Juzgado a la actora, con las advertencias legales que sean de rigor, la obligación de cumplir estrictamente dicho régimen de visitas ya que como decíamos la Sra. Sabina , pese a la obligación legalmente impuesta en el referido Auto, ha venido obstaculizando cuando no directamente impidiendo que dicho régimen se cumpla, en claro perjuicio de los derechos del menor y de su padre. De igual las visitas que no se han podido celebrar por la actitud obstructiva de la actora deberán recuperarse según la disponibilidad del Punto de Encuentro.

»4a) En concepto de alimentos para el menor el padre abonará mensualmente la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (250 ?). Dicha cantidad será ingresada en la cuenta que designe al efecto la actora dentro de los cinco primeros días de cada mes y se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística u otro Organismo que le pudiera sustituir en el futuro y a partir de la fecha de la publicación del mismo. Los gastos extraordinarios que se originen para la atención del menor serán sufragados por ambos progenitores al 50%».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º dos de Puerto Real, dictó sentencia con fecha uno de diciembre de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador JULIO FERNÁNDEZ ROCHE en nombre y representación de Sabina contra Pedro Miguel y, en consecuencia, DEBO ACORDAR Y ACUERDO las siguientes MEDIDAS:

»La patria potestad del hijo menor de edad, Leon , continuará ejerciéndose de forma **compartida** por ambos progenitores. La guardia y **custodia** del hijo menor se atribuye de forma conjunta a ambos progenitores.

»Tal sistema habrá de producirse mediante estancias semanales del menor con cada uno de los padres y en el domicilio de estos. Tales estancias tendrán lugar desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada al colegio. En el supuesto de que tras el domingo existiera una fiesta en lunes o martes y se produzca un puente lectivo, el fin de semana se ampliará hasta la finalización del mismo. En el supuesto de que el lunes no sea fiesta y por cualquier motivo no haya colegio o el menor no haya asistido a clases, el progenitor a quien le toque estar con el menor lo recogerá del domicilio contrario a las 11:00 horas de la mañana.

»En cuanto a los períodos vacacionales:

»a) Vacaciones de Navidad: Se dividirán en dos periodos comprendidos desde la salida del menor del colegio, comenzando las vacaciones escolares, hasta las 17:00 horas del día 31 de diciembre y desde las 17:00 horas del día 31 de diciembre hasta la entrada del menor al colegio.

»b) Vacaciones de Semana Santa: Se dividirán en dos períodos comprendidos desde el Viernes de Dolores a la salida del colegio, hasta las 17:00 horas del Miércoles Santo y desde las 17:00 horas del Miércoles Santo hasta el Lunes siguiente a la entrada del menor al colegio.

»c) Vacaciones de verano: Se dividirán en períodos quincenales y alternativos, es decir, el primer período comprenderá los primeros 15 días de julio y agosto y el segundo período los 15 últimos días de julio y agosto no pudiendo ningún progenitor unir dos quincenas seguidas salvo caso de mutuo acuerdo entre ambos. La recogida y entrega del menor durante tales quincenas será a las 17:00 horas del primer día de cada quincena.

»Durante los períodos vacacionales se interrumpirá la alternancia de la convivencia semanal.

»En caso de desacuerdo entre los progenitores respecto del orden de disfrute de los períodos establecidos, corresponderá la elección a la madre los años impares y al padre los años pares.

»Con independencia del antedicho régimen siempre existirá la posibilidad de los progenitores de comunicar libremente con el menor, sin perturbar las horas de estudio, descanso o actividades escolares y siempre que no sea de forma caprichosa o injustificada. De igual modo, ambos progenitores tendrán la obligación de comunicar al otro cualquier cambio de domicilio y número de teléfono de localización del menor, así como cualquier enfermedad o viaje del mismo. Para la salida del territorio español del hijo, tendrá que constar la autorización expresa de ambos progenitores.

»Los progenitores podrán delegar en terceras personas de su confianza la recogida y entrega del menor.

»No obstante lo anterior, para favorecer el paso o transición desde el anterior sistema de restricción o limitación de visitas del padre hasta el que ahora se establece de **custodia compartida**, resulta preciso y conveniente un lógico período de adaptación para que el menor pueda adaptarse de forma progresiva a la nueva situación, razón por la cual procede fijar un régimen de visitas y comunicación a favor del padre. Pedro Miguel , que



habrá de tener un carácter meramente temporal, con una duración de DOS MESES, para que pueda tener en su compañía a su hijo:

»a) Los martes y jueves desde la salida del menor del colegio hasta las 20:00 horas
»b) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del menor del colegio hasta las 20:00 horas del domingo.

»c) Vacaciones de Navidad: Se dividirán en dos periodos comprendidos desde la salida del menor del colegio, comenzando las vacaciones escolares, hasta las 17:00 horas del día 31 de diciembre y desde las 17:00 horas del día 31 de diciembre hasta la entrada del menor al colegio. En caso de desacuerdo entre los progenitores respecto del orden de disfrute de los períodos establecidos, corresponderá la elección al padre.

»El lugar de recogida y entrega, del menor será, cuando no proceda la entrega en el colegio, el domicilio en que aquel resida, recogiéndolo el padre y cuando en éste concurriera imposibilidad real o legal de recogerlo podrá delegar en terceras personas de su confianza.

»Durante éste período transitorio de dos meses, existirá la posibilidad de los progenitores de comunicar libremente con el menor, sin perturbar las horas de estudio, descanso o actividades escolares y siempre que no sea de forma caprichosa o injustificada. De igual modo, ambos progenitores tendrán la obligación de comunicar al otro cualquier cambio de domicilio y número de teléfono de localización del menor, así como cualquier enfermedad o viaje del mismo. Para la salida del territorio español del hijo, tendrá que constar la autorización expresa de ambos progenitores.

»Por lo que respecta a los alimentos del menor de edad, cada progenitor se hará cargo de los mismos durante el período en que el menor permanezca en su compañía. No obstante lo anterior, en atención al desequilibrio económico apreciado entre ambos progenitores, se fija, a favor del hijo común menor de edad y a cargo del padre, una pensión alimenticia de doscientos euros (200 ?) mensuales. Esta cantidad será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que se designe al efecto por la madre del menor. La pensión se actualizará automáticamente cada año el día uno de enero con referencia a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente.

»En relación a los gastos extraordinarios del hijo se satisfarán de la forma siguiente; los que tengan un origen médico o farmacéutico no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Privado y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o en su defecto hubiesen sido autorizados judicialmente, al cincuenta por ciento entre ambos progenitores salvo en el supuesto de gastos médicos o sanitarios que respondan a situaciones de urgente necesidad.

»Respecto de la cuotas financieras que han de abonarse por los préstamos concertados con anterioridad a la ruptura del matrimonio, las partes pagarán al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda que fue hogar familiar sita en AVENIDA000 NUM000 , portal NUM001 , NUM002 NUM003 de ésta localidad de Puerto Real. De igual forma pagarán en el mismo porcentaje el seguro de dicha vivienda, el IBI y los gastos de la Comunidad de Propietarios. En el caso de que alguna de las partes no pagara su porcentaje de los referidos gastos y la otra tuviera que hacerlo por ella para no perjudicar el bien común, al momento de liquidar tal bien, común se reclamará la cuantía de los mismos con los intereses que fueran de aplicación.

»Todo ello sin condena en costas de ninguna de las partes».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Sabina . La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:



«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.^a Sabina contra la sentencia dictada por el Ilmo Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Puerto Real en los autos de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, completándola en el sentido de realizar la atribución en favor de D.^a Sabina del uso del que fuera domicilio familiar, si bien limitado hasta que se produzca la división de la cosa común, y en todo caso por un periodo máximo de 2 años a partir de la presente resolución, tras lo cual se hará una utilización alternativa por seis meses de dicho domicilio familiar, y así, una vez vencido el plazo de dos años citado, la actual ocupante deberá abandonar el domicilio familiar, teniendo desde ese momento la atribución del mismo D. Pedro Miguel por un periodo de seis meses, transcurrido el cual se volverá a atribuir el mismo a D.^a Sabina por otro periodo de seis meses y así sucesivamente hasta la liquidación del condominio, manteniendo el resto de la resolución recurrida, todo ello sin imposición al apelante de las costas de esta alzada».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Sabina con apoyo en los siguiente: Motivo: Único.- Infracción del art. 92.8 CC y de la doctrina jurisprudencia que determina que la **custodia compartida** conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 27 de septiembre de 2017, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Luis Arguelles González, en nombre y representación de don Pedro Miguel presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se desestime el motivo expuesto.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el pronunciamiento de la sentencia que mantiene la del juzgado y establece la guarda y **custodia compartida** del hijo menor, Leon, nacido el día NUM004 de 2009. El recurso lo formula la madre por infracción del artículo 92.8 del Código Civil y de la doctrina de esta sala que determina que la guarda y **custodia compartida** conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su responsabilidad. Considera, además, que existió un proceso penal contra el padre y que las relaciones entre los progenitores son malas y ello hace inviable el funcionamiento de este sistema de guarda y **custodia**.

La sentencia dice lo siguiente:

«Establecido el sistema de guarda y **custodia compartida** e impugnado por la madre, es preciso examinar qué circunstancias especiales existen que impidan la aplicación de dicho sistema o que acrediten que no sea adecuado para el hijo. Alega la practica anterior en el sentido de que quien se ocupaba del menor era la madre, que se encontraba en desempleo, mientras que el padre, que se encontraba trabajando no se implicaba suficientemente. Tal cuestión no puede prosperar, pues el hecho de que el padre trabaje no puede considerarse un elemento negativo o hándicap para que pueda atribuirse o establecerse una guarda y **custodia compartida**, ni el hecho de encontrarse en situación de desempleo un elemento a favor de la misma o de la **custodia** mono parental en favor del desempleado, pues en muchas ocasiones precisamente por la situación de pareja, existe una distribución sencilla y simple de roles, lo que no supone desatención o falta de implicación, la cual surge cuando es necesario dentro de la convivencia normal, y si bien al tener trabajo puede necesitar el padre una ayuda familiar o de otra índole, también la madre, que ahora está trabajando puede precisarla, lo que no supone una circunstancia que impida acordar la misma. En cuanto a que las relaciones se han venido realizando desde hace unos 16 meses a través del punto de encuentro, es preciso hacer referencia a las circunstancias que determinaron esta situación, que no han sido sino la existencia de una denuncia penal contra el padre por parte de la madre, la cual ha sido plenamente sobreseída y archivada por el juzgado, hecho éste que ha impedido la relación con el padre que es preciso retomarla a través de un sistema inicial progresivo, que va a durar dos meses, y posteriormente se pasa ya a establecer el sistema de guarda y **custodia compartida**, que es en definitiva el sistema esencial para permitir la relación fluida del hijo con el padre, que se ha visto mermada anteriormente por las actuaciones penales».

**SEGUNDO.-** El recurso se desestima

Las especialidades del derecho de familia han llevado a la fijación por esta sala de una doctrina jurisprudencial consolidada que excluye que el recurso de casación pueda convertirse en una tercera instancia como así lo expresa la sentencia de 29 de marzo de 2016 :

«(...) Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y **custodia compartida** 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 , 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). 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(..)».

Esta doctrina determina en el presente supuesto que el único motivo de casación formulado carezca manifiestamente de fundamento. Y es que la sentencia, de acuerdo al necesario principio del interés superior del menor, valora las circunstancias concretas que han dado lugar a la misma y sus razonamientos no contradicen la doctrina de esta sala. Pero es que, además, vienen reforzadas por el informe de evaluación y diagnóstico del programa de evaluación y tratamiento de menores víctimas de violencia sexual en Cádiz, que trae a colación en su informe el Ministerio Fiscal, con relación a las diligencias penales sobreesidas y archivadas por el juzgado, y a los hechos concretos que determinaron su incoación, que ni si quiera han sido valorados en ninguna de las instancias, ni traídas para su valoración en el recurso correspondiente, y a los que no solo no se les da ninguna credibilidad, sino que se viene a insinuar una evidente dirección materna en las afirmaciones del niño.

La búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en si misma causa de denegación del sistema de guarda **compartida**, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores; sistema que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013 , debe ser el normal y deseable. 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 368/2014, de 2 de julio).

TERCERO.- En cuanto a costas del recurso, se imponen a la parte recurrente, tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado la representación legal de doña Sabina , contra la sentencia dictada la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª de fecha 1 de marzo de 2017 ; con expresa imposición de las costas al recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.