



Roj: **STS 2926/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2926**

Id Cendoj: **28079110012013100303**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2013**

Nº de Recurso: **1128/2012**

Nº de Resolución: **370/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 163/2012,**  
**STS 2926/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil trece.

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 Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 648/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número seis de Cáceres, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Cecilio , la procuradora doña Ana Julia Vaquero. Habiendo comparecido en calidad de recurrida el procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de doña Miriam . Es parte el Ministerio Fiscal

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** El procurador don Pablo Gutiérrez Fernández, en nombre y representación de doña Miriam , interpuso demanda de juicio divorcio, contra don Cecilio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

- a) Declare la disolución del matrimonio decretando el divorcio del matrimonio contraído por mi mandante doña Miriam y don Cecilio .
- b) Se adopten las medidas indicadas en el V de los Fundamentos de Derecho anteriormente expuestos.
- c) Una vez firme la sentencia se libre mandamiento al Registro Civil Central para la inscripción de la misma.

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

**2.-** La procuradora doña Maria Teresa Hernandez Castro, en nombre y representación de don Cecilio , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estime parcialmente la demanda, por lo que se refiere a la declaración de disolución del matrimonio habido entre los litigantes, y a la inscripción de la correspondiente sentencia, una vez firme en el Registro Civil Central, con todos los efectos legales que se deriven de tal declaración, adoptando las siguientes medidas:

1º) Se conceda a nuestro representado la guarda y **custodia** de los dos menores del matrimonio, manteniendo la patria potestad sobre los mismos, compartida por ambos esposos, estableciéndose a favor de la demandante-progenitora un amplio régimen de estancias, visitas y relación con los mismos, a lo que el demandado no opone objeción alguna.



2º) Subsidiariamente a lo anterior, se establezca un régimen de **custodia** compartida-alternativa, de modo y manera que cada progenitor, pueda ostentar la **custodia** de ambos hijos durante el período que se fije, y que esta parte propone que sea de tres meses cada uno de ellos. En este caso, ha de fijarse un amplio régimen de visitas, relación y estancias, del progenitor no custodio con los menores, incluso de relación diaria, durante unas horas.

3º) Se conceda a nuestro representado, cualquiera que sea el régimen de **custodia** que se adopte, el uso exclusivo del domicilio conyugal sitó en CALLE000 n° NUM000 de esta localidad, así como el ajuar doméstico y enseres del mismo. Sin perjuicio de ello, se autorice judicialmente la venta a un tercero del citado inmueble con reparto entre ambos litigantes del precio que se obtenga.

4º) En cuanto a la contribución a los alimentos de los hijos, se fije esta en la suma de 200 euros mensuales por cada uno de los hijos, que deberá satisfacer mensualmente dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se le señale el cónyuge no custodio en el supuesto de que se atribuya la custodia de los hijos a uno de los progenitores con carácter exclusivo. En el supuesto de custodia compartida, cada uno de los cónyuges se hará cargo en su integridad de los alimentos de ambos hijos durante el período que ejerza la guarda y **custodia** de los mismos, sin que proceda en consecuencia fijar pensión alimenticia a cargo del otro progenitor.

Con independencia de lo anterior, los gastos que tengan la consideración de extraordinarios, deberán ser asumido por mitad entre ambos litigantes. Tratándose de gastos extraordinarios no estrictamente necesarios, antes de provocar el gasto deberá recabarse el consentimiento por escrito del otro progenitor o bien, autorización judicial.

5º) En cuanto a las cargas del matrimonio, cada uno de los cónyuges deberá abonar la mitad del importe del recibo mensual girado por la entidad bancaria para la amortización del préstamo con garantía hipotecaria que gravo el domicilio conyugal, hasta que se produzca su venta.

6º) Mostramos nuestra conformidad con la atribución del uso, que se hace de contrario, respecto al vehículo Mitsubichi Space Star, a favor de nuestro representado mientras se liquida la sociedad de gananciales.

7º) No procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Cáceres, dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando en parte la demanda de divorcio formulada por el procurador sr. Gutierrez Fernandez, en nombre de doña Miriam , contra don Cecilio , debo acordar la disolución del matrimonio de los expresados con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y fijandose asimismo las siguientes medidas personales patrimoniales:*

*1.- La guardia y **custodia** de las hijas menores se atribuye a la madre, siendo la patria proterstar compartida por ambos progenitores, y estableciéndose el siguiente régimen de visitas en favor del padre: podra tener a los menores en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20,00 horas del domingo, así como dos tardes entre semana, en concreto y a falta de acuerdo entre partes , los martes y jueves de 17,00 a 20,00 horas, y la mitad de las vacaciones escolares de semana Santa Navidad y verano (estas últimas por quincenas dada la edad de los menores), eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares. Las entregas y recogidas de los menores que no se efectúen en el centro escolar se llevarán a cabo en el domicilio materno.*

*Se atribuyo a la madre y a los hijos el uso el domicilio familiar.*

*2.- Como pensión alimenticia a favor de los hijo menores y a cargo del demandado, se fija la cantidad 240 euros mensuales para cada uno de los hijos cuanto actualizable en el IPC anual y a abonar en la cuenta que designe la esposa; debiendo satisfacerse por tanto los gastos extraordinarios de los hijos como importe de las cuotas correspondientes al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar .*

*Por último, se atribuye al demandado el uso el vehículo Mitsubishi descrito en la demanda.*

*3 -No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Cecilio , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se desestiman tanto los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones procesales de doña Miriam y de don Cecilio , como la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia nº 91/11, de fecha 20 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm 6 de Cáceres , en autos nº 648/09, de los que éste rollo dimana, y en su virtud confirmamos la*



expresada resolución; y todo ello sin que proceda efectuar pronunciamiento especial en relación a las costas de esta alzada.

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal don Cecilio con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477 2 3º de la LEC por oponerse a la doctrina Jurisprudencia del Tribunal Supremo y sobre jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales entre ellas la sentencia nº 286/2011 de AP de Baleares , Sección 4º de 6 de septiembre de 2011 ; la sentencia nº 356/2 ' 11 de AP A Coruña, Sección 3º, de 27 de junio de 2011 ; la sentencia nº 305/2011 de AP de Baleares , Sección 4º de 20 de septiembre de 2011 ; y la Sentencia nº 563/2011 de AP de Valencia, Sección 10º, de 19 de julio de 2011 . **SEGUNDO**.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477.2.3º de la LEC , por infracción del artículo 92 del Código Civil , al considerar que el Juez a que ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor ( SSTS de 22 de julio 2011 RC 813/2009 y STS de 21 de julio de 2011 RC 338/2009 ). El pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas y arbitrarias. La STS Sala 1º de la Civil de 10 de enero de 2012 , en su fundamento jurídico tercero sienta la doctrina de la misma acerca de la guarda y **custodia** compartida.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 22 de enero de 2013 se acordó:

1º) No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Cecilio , contra la sentencia dictada, en fecha 10 de febrero de 2012 por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1º) en el rollo de apelación nº 658/2011 , dimanante de los autos de Juicio de divorcio contencioso nº 648/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cáceres.

2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la indicada parte recurrente, contra la mencionada sentencia en cuanto al motivo segundo.

Dese traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Jorge Delito García, en nombre y representación de doña Miriam , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando su estimación, ya que dicha **custodia** compartida creemos que es la mejor forma de proteger los intereses de los menores.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de mayo del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Doña Miriam formuló demanda de divorcio contra Don Cecilio , con la que estaba casado, en la que, y en lo que ahora interesa, solicitó la atribución de la guarda y **custodia** de los dos hijos habidos del matrimonio, de 6 y 4 años de edad, así como un régimen de visitas para el demandado. En el escrito de contestación a la demanda, el Sr. Cecilio reclamó con carácter principal que se le atribuyera la guarda y **custodia** de los menores, en función de las circunstancias que menciona: tiene un horario que le permite dedicar mas tiempo a los mismos, ha cuidado de los hijos siempre, habiendo realizado todo tipo de funciones relacionadas con su cuidado y educación, y la demandante tiene un grave problema con la enfermedad de su madre a la que debe prestar toda la atención que las circunstancias requieren, e incluso psicológicamente "no creemos que se encuentre actualmente capacitada para el adecuado cuidado de los hijos".

Con carácter subsidiario, interesó que se estableciera un régimen de guarda y **custodia** compartida, al amparo del artículo 92 del Código Civil , de modo que los menores pudieran permanecer y residir con cada uno de los progenitores durante tres meses, gozando el cónyuge no custodio, durante ese tiempo de un régimen amplio de relación con los mismos.

La sentencia de la Audiencia mantuvo la del Juzgado que asignó a la madre los menesteres de guarda y **custodia**, siendo la patria potestad compartida, y estableció un régimen de visitas a favor del padre, negando la **custodia** compartida interesada de forma subsidiaria

La sentencia identifica este régimen en relación al superior interés de los menores que han estado durante tres años al cuidado de su madre hasta la sentencia, " para evitar con ello las distorsiones y perturbaciones que un cambio tan drástico, como pasar de la exclusiva guarda por un progenitor, a la de otro (y excluida que había sido la **custodia** compartida), podría representar para unos niños, no se olvide, en su más tierna infancia, para los que



*los hábitos y las rutinas cotidianas son un factor de primer orden en su formación como personal; y que son las mismas razones que en este ámbito de apelación conducen a aportar por el mantenimiento de ese mismo "status quo" especialmente si se toma en cuenta que el mismo se remontaría a casi tres años atrás".*

La sentencia conoce y razona sobre los criterios de aplicación de esta Sala sobre la guarda y **custodia** compartida, contenidos en sentencias como la de 22 de julio de 2011 ; la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996; la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, y la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, sobre el interés prevalente del menor, y niega que sea pertinente su aplicación en razón no solo al latente estado de animadversión entre los progenitores que se trasluce de diversos datos obrantes en el procedimiento, como serían los mensajes de correo y, sobre todo, la existencia de procedimientos penales, con independencia de su resultado, que, a su juicio, crean un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad, que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores.

**SEGUNDO.-** Se han formulado dos motivos, de los cuales únicamente ha sido admitido el segundo, por infracción del artículo 92 del CC , al considerar que se ha aplicado incorrectamente de protección del interés del menor y que la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas y arbitrarias respecto de la guarda y **custodia**, que entiende debe ser compartida.

Se desestima.

Quien recurre entendió inicialmente que el interés de los menores respecto de la medida de guarda y **custodia** se protegía mediante la atribución de la **custodia** a el y no a su esposa, con un amplio régimen de visitas y relación de los mismos a la madre. De forma subsidiaria interesó que se estableciera un régimen de **custodia** compartida-alternativa, que es la que en este recurso defiende una vez que la sentencia dejó a los hijos bajo el cuidado de la madre, lo que obliga a reevaluar este interés para ver si aquello que en principio consideraba mas conveniente para sus hijos dejó de serlo una vez que no se puso bajo su cuidado a los mismos, convirtiendo en regla la **custodia** compartida, lo que así se hizo en ambas instancias para negarla.

Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y **custodia** solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . 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 ).

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. El Juez ha valorado la prueba que consta en los autos y ha considerado que lo más adecuado para los hijos -sin perjuicio de un cambio de circunstancias- era dejarlos bajo el cuidado de la madre, como ya lo venía haciendo desde el año 2009, sin que tal valoración sea contradictoria o incongruente al señalar, de un lado, que " *las relaciones entre los cónyuges no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y **custodia*** ", y admitir, de otro, que la incomunicación existente entre ambos "son un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad y coordinación que exige el sistema de guarda y **custodia** compartida....que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores ...".

En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró 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». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de los menores la **custodia** materna en atención a la prueba practicada: informe de valoración sobre guarda y **custodia**, confeccionado por el Instituto de Medicina Legal, los mensajes de correo y la existencia de procedimientos penales, con independencia de su resultado. Una valoración conjunta de la prueba practicada determinó que ambas sentencias consideraran que era más conveniente para los niños la atribución a la madre de la guarda y **custodia**, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre. La decisión está basada, por tanto, en el interés de los hijos en atención a la prueba practicada. Como se señala en la STS de 3 de octubre de 2011 RC núm. 1965/2009 «este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio ». Al haberse atendido en el caso planteado a este interés, y no haberse justificado que lo haya hecho de forma incorrecta en función de la prueba practicada, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello retomando la que, sin duda,



resulta la medida más beneficiosa al interés de los hijos, como ha precisado la sentencia de 29 de abril de 2013 .

**TERCERO.**- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la parte recurrente, en correcta aplicación de lo dispuesto en el 398.1, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de Cecilio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres -Sección Primera-, de 10 de febrero de 2012 , con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

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

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. Francisco Javier Arroyo Fiestas.Francisco Javier Orduña Moreno.Firmado y Rubricado** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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 Secretario de la misma, certifico.