

Roj: **STS 4082/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4082**Id Cendoj: **28079110012013100441**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/07/2013**Nº de Recurso: **2964/2012**Nº de Resolución: **495/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas nº 412/2010, seguidos ante el Juzgado de Familia número 9 de Santander, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Rodrigo , el procurador don Jose Luis Pinto Maraboto.No habiendo comparecido la parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Gemma Rodríguez Sagredo, en nombre y representación de don Rodrigo interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas, contra doña Natividad y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde la modificación de la medida definitiva que viene adoptada, en el sentido de acordar:

1.- La guardia y **custodia compartida** entre ambos progenitores permaneciendo los menores periodos de quince días con cada uno de ellos.

2.- Y la supresión de la pensión de alimentos que tiene impuesta el Sr. Rodrigo , pues cada progenitor atenderá a las necesidades alimenticias de los dos menores durante el tiempo que permanezcan con ellos, salvo lo referente a los gastos extraordinarios que continuaran siendo por mitad.

Todo ello con expresa imposición de las costas a doña Natividad .

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

2.- La procuradora doña Maria Dolores Cicedo Bra, en nombre y representación de doña Natividad , 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 desestime íntegramente la demanda presentada y se declare no haber lugar al cambio de **custodia** que se solicita de contrario, con expresa imposición de costas.

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 9 de Santander dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la procuradora sra. Rodriguez en nombre y representación de don Rodrigo , contra doña Natividad , debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones formuladas en contra suya.**



Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Rodrigo , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Rodrigo contra la sentencia de referencia debemos confirmar y confirmamos la misma con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Rodrigo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:UNICO**.- Infracción de los artículos 218.2 . y art 326 de la LEC ante la falta de valoración de dos pruebas documentales acordadas en segunda instancia.

Por la misma representación se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción del artículo 92.8 del Código Civil y la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo, sobre **guarda y custodia compartida**. Sentencia de 1 de octubre de 2009 . **SEGUNDO**.- Procede estimar la pretensión de una **guarda y custodia compartida** al no resultar sustentada la oposición a la concesión de la misma en motivos y razones objetivas y no puede patrimonializarse la **custodia** cuando lo más conveniente si es posible es un ejercicio conjunto.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de abril de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de julio del 2013, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos -extraordinarios por infracción procesal y de casación- se formulan contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, dictada en autos de modificación de medidas, en la que se desestimó la pretensión del ahora recurrente de establecer un régimen **guarda y custodia compartida** respecto a los hijos comunes, Pablo y Javier, nacidos el NUM000 de 2000 y NUM001 de 2003, respectivamente.

La sentencia de 1ª Instancia consideró que no era procedente esta medida porque: a) no se ha examinado a los menores ni a la nueva mujer del padre; b) la relación entre ambos progenitores no es fluida; c) existen divergencias educativas de los padres, y e) según el informe técnico, no se aprecia la necesidad de un cambio. *"Todo lo anteriormente expuesto, -concluye la sentencia- , lleva a este juzgador a cuestionar que solo el régimen de **guarda y custodia** propuesto por el actor sea la única forma de proteger adecuadamente a los menores, por el contrario se tiene la convicción que adoptar dicho régimen puede suponer que la situación familiar entre en un terreno de conflictividad que perjudique los intereses de los menores".*

La Audiencia Provincial, conformó la sentencia con el siguiente argumento " *el informe pericial psicológico... pone de manifiesto como los menores se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y el régimen de visitas actual, y que si bien admiten su deseo de residir 15 día con cada progenitor tal manifestación es consecuencia de una influencia de adulto por tratarse de un propuesta propia de adulto. Los técnicos informantes concluyen que no se aprecia una necesidad en el momento actual de introducir cambios en el modo de **guarda y custodia**, estando los menores perfectamente adaptados a la actual modalidad de **custodia** asumiendo esta Sala tal conclusión sin que ello suponga afirmar que la **guarda y custodia compartida** supusiese un retroceso en la evolución de los menores, sino que no se trata de experimentar nuevas situaciones cuando los menores se encuentran bien y estabilizados en su evolución".*

El Ministerio Fiscal ha informado en todo momento a favor de la **guarda y custodia compartida**.

De los dos recursos únicamente va a ser analizado el segundo por razones obvias, dado que sin alterar los hechos de la sentencia, la Sala entiende que procede una calificación jurídica distinta que hace innecesario pronunciarse sobre el primero en el que la prueba que se dice no valorada sobre la reducción del horario laboral y certificado de evaluaciones de los menores no ha sido cuestionada y no resultan trascendentes, visto el desarrollo del pleito, para profundizar en el entramado de las relaciones familiares y llegar a la conclusión que se interesa en el recurso de casación.



SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en la infracción del artículo 92.8 del Código Civil y en la interpretación de esta Sala sobre que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de **guarda y custodia compartida**, hay que acordar esta medida por cuanto es la mejor manera de proteger al menor. Cita también sentencias de Audiencias Provinciales en el mismo sentido y combate el razonamiento de la sentencia porque no se basa en razones objetivas y porque el informe pericial no descarta la **guarda y custodia compartida**, ni se han tenido en cuenta otras pruebas o circunstancias, como la cercanía al colegio de los niños y al domicilio de la madre, la jornada de trabajo y el régimen actual de visitas indudablemente amplio, todo lo cual debería suponer el cambio del régimen de **custodia** existente hasta este momento.

El Ministerio Fiscal considera que resulta acreditada la existencia de interés casacional por oposición de la resolución impugnada a la doctrina jurisprudencial de esta Sala razón por la cual informó favorablemente a la estimación del recurso, como así va a ser.

La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "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".

Es decir, 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, definen ni determinan, 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.

Pues bien, lo que la sentencia dice es que tal sistema de **custodia** no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que *"esta situación actual no implica que la **custodia compartida** no fuese una opción beneficiosa para Pablo y Javier, ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la **guarda y custodia** de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos"*, añadiendo que *"para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores"*.

La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos "tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos", sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre.

Por consiguiente, como dice el informe del Ministerio Fiscal, "la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado". La solución aplicada en la resolución recurrida ha tenido en cuenta un solo parámetro, y no otros que aparecen como hechos probados, "imprescindibles para determinar el régimen de **custodia** aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, para aproximarlos 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.

TERCERO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia y, con estimación de la demanda, se acuerda el sistema de **guarda y custodia compartida** en relación a los hijos de los litigantes por periodos de quince días durante los cuales cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, siendo los gastos extraordinarios por mitad. Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la **guarda y custodia** de los hijos y resolverán de mutuo acuerdo



sobre cualquier otra cuestión no prevista, como la relativa a las vacaciones navidad y fin de año en las se procurará que los niños las disfruten de forma alternativa con uno y con otro progenitor. Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

No se impone a ninguna de partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC , que se remite al artículo 394 LEC Tampoco se hace especial pronunciamiento de las causadas en ambas instancias.

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

FALLAMOS

1.- Sin entrar a resolver sobre el recurso de extraordinario por infracción procesal, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por don Rodrigo , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria en fecha de 27 de abril de 2012 , cuya resolución anulamos.

2.- Con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Santander en fecha de 29 de noviembre de 2011 , estimamos en parte la demanda deducida por el ahora recurrente contra doña Natividad .

3º - Se acuerda el sistema de **guarda y custodia compartida** en relación a los hijos de los litigantes, por periodos de quince días durante los cuales cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando los tenga consigo, siendo los gastos extraordinarios por mitad.

4º Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la **guarda y custodia** de los hijos y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, como la relativa a las vacaciones navidad y fin de año en las se procurará que los niños las disfruten de forma alternativa con uno y con otro progenitor. Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

5º No se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a los litigantes.

6º No se imponen las costas de ninguna de las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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.