



Roj: **STS 5641/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5641**

Id Cendoj: **28079110012013100675**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2013**

Nº de Recurso: **494/2012**

Nº de Resolución: **757/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 856/2011,**  
**STS 5641/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre 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 contencioso 37/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cáceres, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Ángel Daniel , la procuradora doña Susana Rodríguez de la Plaza. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Juan Luis Senso Gómez, en nombre y representación de doña Tamara . Siendo el parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Antonia Muñoz García, en nombre y representación de don Ángel Daniel , interpuso demanda de juicio de divorcio , contra doña Tamara y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la presente demanda y acordando la disolución del matrimonio por causa de divorcio, con disolución de la sociedad de gananciales y los demás efectos inherentes a dicho pronunciamiento, acordando las definitivas que a continuación se relacionan, y sin hacer pronunciamiento sobre costas:

1ª) Ambos progenitores conservarán la patria potestad sobre las hijas comunes, Cecilia y Elisenda .

2º) La guarda y **custodia** de ambas hijas será compartida por ambos progenitores, concretándose el régimen tras oírse a ambos, y debo contribuir a los alimentos de las hijas por mitad.

Subsidiariamente, para el caso de que la madre no acepte el régimen de guarda y **custodia** compartida y no fuere posible su adopción por el Juzgado, se establecerán las siguientes medidas:

1º) La guarda y **custodia** de las dos hijas menores será atribuida al padre.

2º) Establecer para la madre un amplio régimen de comunicación y estancia con las hijas menores, que incluya comunicaciones dos tardes entre semana, estancias en fines de semana alternos, y vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, y Verano, por mitad entre ambos progenitores.

3º) Atribuir al padre e hijas el uso y disfrute de la vivienda que constituye el domicilio familiar en Alcántara (Cáceres).

4º) Fijar como contribución de ambos progenitores para las necesidades de las dos hijas menores incluidas en el concepto legal de alimentos la cantidad total para ambas hijas de 600'00 ?. Y, en consecuencia, establecer



como contribución de la madre para los alimentos de ambas hijas menores una pensión alimenticia en cuantía total de 300'00 euros mensuales (150'00 ? para cada hija), actualizables anualmente según el i.p.c. publicado por el I.N.E., que habrán de ser ingresadas por la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señale el padre.

5º) Los gastos extraordinarios relativos a las hijas serán abonados por mitad entre ambos progenitores, previo acuerdo de los mismos sobre su necesidad, entendiéndose por tales gastos extraordinarios los siguientes:

Los referentes a la educación, tales como clases particulares, o formativas; y los referentes a la salud o sanidad que no vengán cubiertos por la Seguridad Social u otro tipo de seguros públicos o privados de los progenitores.

6º) En concepto de cargas del matrimonio y de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges abonarán por mitad el importe de las cuotas de los préstamos hipotecarios que gravan los dos inmuebles de su propiedad.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando 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 Ana Collado Díaz, en nombre y representación de doña Tamara , 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 deducida frente a nuestra representada, y por adheridos a tal solicitud; y en su día se dicte sentencia por la que se decrete el Divorcio de los cónyuges litigantes, con los efectos inherentes a tal declaración, y con fijación de las medidas que a continuación se indican:

A) Guarda y **Custodia** de Cecilia y Elisenda a favor de su madre Doña Tamara , que es quien siempre ha cuidado de todo lo concerniente a las niñas, auxiliada en todo momento por la abuela materna, Doña Lorena . Habrá de decretarse igualmente, la Patria Potestad compartida de ambos progenitores.

Como consecuencia de la atribución de la Guarda y **Custodia** de las hijas a la madre, habrá de adjudicarse también a ésta el domicilio familiar, para su uso y el de las menores, en aplicación del favor hijo.

B) Régimen de visitas.

1.- El padre podrá contactar con las hijas, semanalmente todos los miércoles, de 18 horas hasta las 20 horas de la noche, y tenerlas en su compañía fuera del domicilio materno durante ese tiempo. A tal fin, el padre habrá de recoger y entregar a las menores, en el domicilio de la esposa dentro del horario fijado.

2.- Régimen de visitas para fines de semana y periodos vacacionales.

PROPONEMOS EL SIGUIENTE RÉGIMEN PARA AMBAS MENORES, INSTANDO QUE TENGA VIGOR, HASTA QUE LA HIJA MENOR Elisenda CUMPLA TRES AÑOS DE EDAD:

El padre podrá tener en su compañía a las hijas, los fines de semana alternos fuera del domicilio materno, desde las 11'00 horas de la mañana de los sábados, hasta las 20,30 horas de la tarde, y en idéntico horario los domingos, todo ello en periodo invernal, considerando como tal de noviembre a mayo, ambos incluidos, y hasta las 21,00 horas de la noche, en verano, entendiéndose como tal de junio a octubre, ambos incluidos.

Las Vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos, el primero el que va del Domingo de Ramos al Miércoles de Santo, ambos incluidos, y el segundo del Jueves Santo al Domingo de Resurrección, éste último inclusive. El padre podrá tener en su compañía a Cecilia y Elisenda , durante uno de esos dos turnos, si bien las hijas no pernoctarán fuera del domicilio materno, y serán recogidas diariamente por el progenitor masculino de la casa de su madre a las 11'00 horas de la mañana y devueltas por éste a las 20'30 horas de la noche, los turnos serán sucesivos y alternantes.

En relación a las Vacaciones estivales el padre podrá tener en su compañía a las menores, la primera quincena del mes de agosto, es decir del 1 al 15 de esa mensualidad, si bien, las niñas no pernoctarán fuera del domicilio materno, y serán recogidas diariamente por el Sr. Ángel Daniel de la casa de su madre a las 11,00 horas de la mañana y devueltas a las 21,00 horas de la noche

En Vacaciones de Navidad las menores podrán estar con su padre, bien desde el 24 al 30 de diciembre, ambos inclusive o, bien del 31 al 6 de enero éste último incluido, a tal fin. Dentro de las fechas comprendidas en el turno que le corresponda, el padre recogerá a las niñas cada día del domicilio de la madre a las 11,00 horas de la mañana, devolviéndolas a las 20'30 horas de la tarde, excepto el día 6 de enero, que habrá de entregarlas a las 14 horas, todo ello sin pernoctar las hijas con el Sr. Ángel Daniel . Se pacta la alternancia de los periodos prefijados, que serán además sucesivos.



PROPUESTA DE RÉGIMEN DE VISITAS PARA FINES DE SEMANA Y PERIODOS VACACIONALES, AFECTANTE A AMBAS MENORES, QUE HABRÁ DE TENER VIGOR, A PARTIR DE QUE LA HIJA PEQUEÑA Elisenda , CUMPLA LOS TRES AÑOS DE EDAD:

Don Ángel Daniel podrá tener en su compañía a sus hijas, fuera del domicilio materno los fines de semana alternos desde las 11 horas del sábado hasta las 20,30 horas del domingo, en invierno; considerando como tal, de noviembre a mayo, ambos incluidos, y hasta las 21,00 horas de la noche, en verano, entendiendo como tal, de junio a octubre. Cecilia y Elisenda serán recogidas por el padre y reintegradas dentro del horario mencionado en el domicilio materno.

En las Vacaciones de Semana Santa el padre podrá tenerlas consigo, durante los siguientes periodos (bien Domingo de Ramos, Lunes Santo, Martes Santo y Miércoles santo, o bien Jueves Santo, Viernes Santo, Sábado Santo, Domingo de Resurrección), recogiendo a las niñas del domicilio de la madre a las 11,00 horas de la mañana del primer día que le corresponda, y reintegrándolas al mismo a las 20'30 horas de la última fecha señalada al respecto. Los turnos reseñados son alternantes y sucesivos tal y como se tiene manifestado en párrafos anteriores.

En relación a las Vacaciones Estivales Don Ángel Daniel podrá tener en su compañía a las menores, durante un mes repartido en dos periodos de 15 o 16 días no coincidentes o continuados. El disfrute de los periodos vacacionales estivales será alternante entre los cónyuges, y sucesivo, es decir, los meses de julio y agosto se dividirán en cuatro periodos, el primero de ellos del 1 al 15 de julio, el segundo del 16 al 31 de julio, el tercero del 1 al 15 de agosto, y el cuarto del 16 al 31 de agosto. Las menores pasarán con el progenitor que le corresponda, bien las dos primeras quincenas, bien las dos últimas, invirtiéndose automáticamente los turnos al año siguiente, que serán disfrutados a la inversa, y así sucesivamente, los horarios de recogida y entrega serán las 11 horas del primer día y las 21 horas del último.

En las Vacaciones de Navidades las niñas podrán permanecer con el padre, bien el periodo que discurre entre los días del 24 al 30 de diciembre ambos inclusive o, bien el que va del 31 al 6 de enero ambas fechas incluidas, a cuyo fin el Sr. Ángel Daniel recogerá a las menores del domicilio de la madre el primer día fijado a las 11'00 h de su mañana, reintegrándolas el último día que le corresponda a las 20,30 horas. Los turnos serán alternantes tal y como se ha venido manifestando a lo largo de nuestra exposición.

Consideraciones comunes a los periodos vacacionales expuestos:

Primero. Se da por supuesto que el régimen de visitas de fin de semana y entre semana queda interrumpido por cualquiera de estos periodos vacacionales (Navidades, Verano o Semana Santa), y para reanudar dichas visitas de fin de semana después de cada temporada vocacional, instamos se establezca expresamente, que el primer fin de semana de visitas ordinarias, corresponderá al progenitor, con quien las menores no haya estado el inmediatamente anterior.

Segundo. Si en el periodo de vacaciones estivales, el progenitor a quien le corresponda tener en su compañía a Cecilia y Elisenda permanece en Extremadura, el otro cónyuge tendrá derecho a visitar y tener consigo a las hijas comunes, los martes y jueves de 18 horas a 21 horas, debiendo ser dichas menores recogidas por el padre o en su caso la madre, en el domicilio del progenitor con el cual se encuentre y reintegradas al mismo dentro de dicho horario.

Tercero.- Si en el periodo de vacaciones Navideñas, el progenitor a quien le corresponda tener en su compañía a Cecilia y Elisenda permanece en Extremadura, aquél padre que no las tenga consigo, tendrá derecho a visitarlas en las siguientes oportunidades:

\* El día 24 de diciembre, el padre que no esté disfrutando de ese periodo vocacional con sus hijas, tendrá derecho a verlas de 18,00 a 20,00 horas de la tarde, a cuyo fin recogerá a las hijas del domicilio del cónyuge que las tenga en su compañía, debiendo integrarlas al mismo lugar a la hora precitada.

\* El día 1 de enero, el padre que no esté disfrutando de ese periodo vacacional con sus hijas, tendrá derecho a estar con ellas desde las de la 18,00 horas hasta las 20,00 horas e la tarde, a cuyo fin recogerá a las menores del domicilio del cónyuge que las tenga consigo, debiendo reintegrarlas al mismo lugar a la hora precitada.

Cuarto. También, el Día del Padre y el Día de la Madre lo pasarán las niñas con el progenitor cuya festividad se celebre, a tal fin, serán recogidas el día festejado, del domicilio del progenitor con quien esté, a las 11 horas, y reintegradas al progenitor correspondiente el día de tal festividad a las 20,30 horas.

Quinto. En esta misma línea, también se estipula que el progenitor que no esté en compañía de las menores, tendrá derecho a comunicar telefónicamente con las hijas ;cualquier día de la semana, siempre en horarios no intempestivos, y nunca después de las 21,30 horas de la noche, para lo cual, ambos, habrán de tenerse



informados mutuamente le! teléfono donde van a estar con las hijas, o procurar caso de imposibilidad, la comunicación del esposo no conviviente con Cecilia y Elisenda .

Sexto. En las anualidades impares, las hijas pasarán con la madre los primeros periodos vacacionales, y con el padre los segundos turnos vacacionales, ocurriendo a la inversa en los años pares.

C) - Pensión alimenticia.

Solicitamos que Don Ángel Daniel , aporte para el sustento y gastos de sus dos hijas, en concepto de pensión alimenticia la suma de SIETE MIL DOSCIENTOS EUROS (7.200 euros) anuales, que ingresará el esposo, en la libreta de ahorro, o cuenta bancaria que la esposa designe al efecto, a razón 12 mensualidades de 600 ? cada una (300 euros para cada hija).

Además, el padre habrá de abonar también la mitad de los gastos extraordinarios de las menores, debiendo hacer efectivo el importe que correspondiere en la misma cuenta establecida para la pensión de alimentos.

La pensión indicada, y en su caso los gastos extraordinarios se ingresarán dentro de los cinco primeros días de cada mes y, será actualizada la primera, anualmente y de forma automática, incrementándose en la misma proporción que, lo haga el índice de Precios al Consumo publicado anualmente por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA u organismo que le sustituya, tomando como base para el comienzo del cómputo de la actualización el día 1 de enero de cada anualidad, y sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los Indices de Precios al Consumo anualmente al obligado al pago.

D) Contribución a las cargas del matrimonio: Cada esposo, habrá de continuar abonando la mitad de los préstamos hipotecarios de los dos bienes inmuebles que tienen en común, así como el 50 % del IBI y Seguros concertados, y todo ello hasta la liquidación del patrimonio familiar.

También continuarán haciendo frente por mitad los consumos de la vivienda no ocupada, que tienen en propiedad en Cáceres, en urbanización la Cañada, haciéndose la esposa en exclusiva cargo de los consumos que se originen del inmueble sito en Alcántara, cuyo uso para sí y para las menores, estamos instando se le otorgue.

E) Patrimonio familiar. La liquidación de los bienes que integran el patrimonio familiar se llevará a efecto en proceso posterior.

F) Cese del régimen de gananciales: Se llevará a efecto el cese del régimen de gananciales a que están afectos los esposos, así como la revocación de los poderes que en su caso se hubieren otorgado el uno al otro.

G) Prestaciones sanitarias. Las hijas del matrimonio continuarán beneficiándose, de las prestaciones sanitarias que pueda proporcionarles la Seguridad Social o Seguros Médicos de ambos padres, así como de cualquier otro beneficio o ayudas que, conceda la legislación presente o futura.

Instamos a los efectos procedentes la previa citación del Ministerio Fiscal, y la condena en costas a la parte contraria si se opusiere a nuestras pretensiones, debiendo procederse igualmente por el Juzgado de oficio, a efectuar la oportuna inscripción en el Registro Civil, de la disolución del matrimonio que se decrete en su momento.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cáceres, dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:**

*Estimando parcialmente las demandas de divorcio interpuestas por las respectivas representaciones procesales de doña Tamara y D. Ángel Daniel , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de los cónyuges anteriormente citados, con todas las medidas inherentes a tal declaración y, entre ellas, la disolución del régimen económico matrimonial y la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado, acordando como efectos personales y patrimoniales de la declaración las siguientes medidas:*

1) Se atribuye la guardia y **custodia** de las hijas menores del matrimonio, Cecilia y Elisenda , a ambos progenitores, quienes la ejercerán de forma alternativa y con carácter exclusivo por anualidades completas, desde el 1 de septiembre hasta el 31 de agosto del año siguiente, comenzando el padre el próximo año escolar, es decir, desde el 01/09/2011 hasta el 31/08/2012. Lógicamente, la patria potestad será compartida y ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

II) Se fija para el progenitor no custodio en cada momento, el régimen de visitas, comunicaciones y estancias que se estableció en Auto de Medidas Provisionales, Auto n.º 176/2010, de 14 de abril, al que expresamente me remito, con la previsión -eso sí- de que los puentes y festivos inmediatamente anteriores o posteriores al



*fin de semana se acumulen a éste. El derecho de elección del período de disfrute de las estancias o períodos vacacionales corresponderá al progenitor no conviviente con las menores en ese momento.*

*III) En cuanto a la pensión de alimentos se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución*

*IV) Las cargas del matrimonio deberán ser abonadas por ambos cónyuges al 50%, en la forma establecida en el Fundamento de Derecho Sexto de esta resolución*

*Todo ello, sin hacer un especial pronunciamiento en materia de costas procesales.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Tamara , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DOÑA Tamara contra la sentencia núm. 37/2011, de fecha 15 de marzo dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cáceres en autos núm. 209/2010, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, REVOCAMOS expresada resolución, en el sentido de otorgar la guarda y custodia de las menores a la madre; correspondiendo al padre el ejercicio del derecho de visitas en los términos previstos en la resolución recurrida, correspondiendo a este último abonar la cantidad de 400 ? en concepto de alimentos; sin hacer un pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada.*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Ángel Daniel con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: ÚNICO**.- Al amparo de lo previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LEC , conforme lo dispuesto por el art. 477.2.3º de la LEC , en relación con el art. 469.1.2º de la misma Ley , por infracción del art. 218.2. y de las normas reguladoras de la sentencia, y del art. 348 de la LEC , en íntima conexión, y por ello se abordan conjuntamente con el art. 469.1. 4º de la misma Ley , por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión proclamado en el art. 24.1. de la Constitución , que integra la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**. Al amparo de lo dispuesto por el art. 477.2.3º de la LEC , ya que la resolución del recurso presenta interés casacional, conforme a lo previsto por el nº 3 del citado art. 477, puesto que la Sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el art. 92 del Código Civil , en sus apartados 8 y 9, y la doctrina jurisprudencial en interpretación de dichos preceptos recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009 , 8 de octubre de 2009 , 11 de marzo de 2010 , 1 de octubre de 2010 , 7 de julio de 2011 , y 21 de julio de 2011 , entre otras. **SEGUNDO**. - Se plantea de forma subsidiaria al anterior motivo primero. Al amparo de lo dispuesto por el art. 477.2.3º de la LEC , ya que la resolución del recurso presenta interés casacional, conforme a lo previsto por el nº 3 del citado art. 477, puesto que la Sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo, infringiendo el art. 92 del Código Civil , apartados 6, 8, y 9, así como la doctrina jurisprudencia en interpretación de dichos preceptos recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009 , 8 de octubre de 2009 , 11 de marzo de 2010 , 1 de octubre de 2010 , 7 de julio de 2011 , y 21 de julio de 2011 , entre otras.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de septiembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador d. Juan Luis Senso Gómez, en nombre y representación de doña Tamara , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que se case la sentencia de la Audiencia y se confirme el criterio del Juzgado de Primera Instancia.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de Noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia de la Audiencia Provincial denegó la medida de guarda y **custodia** compartida de dos hijas menores de edad que había acordado el Juzgado de 1ª Instancia por anualidades completas. En el presente asunto, dice la sentencia, *"ha quedado acreditado que ambos progenitores no tienen unas buenas relaciones, aptas para compartir la custodia de sus dos hijas menores. Aunque ambos están en condiciones de*



ejercer la **custodia** de las niñas de forma individual, la ausencia de diálogo entre ellos impide que el ejercicio de aquélla pueda ser compartido sin que se perjudique a las menores", añadiendo " que la situación actual establecida en las medidas provisionales ha funcionado correctamente y las niñas tienen una buena relación con ambos progenitores". La sentencia cuestiona, además, la forma en que, según la sentencia del Juzgado, se desarrollaría la guarda y **custodia** porque " no sólo no se tiene en cuenta la solicitud del padre sino que se ha adoptado un sistema de **custodia** alternativa no previsto legalmente.... que está destinado a evitar relaciones entre los progenitores pero que en absoluto protege a las menores teniendo en cuenta la edad que tienen y que necesitan una estabilidad inconciliable con el hecho de tener que cambiar al inicio de cada curso, con lo que ello implica, de casa y de progenitor custodio".

Don Ángel Daniel formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. El Ministerio Fiscal se opone al primero y se adhiere al segundo.

#### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .**

**SEGUNDO.-** Se formula un motivo único por infracción del artículo 218.2 y de las normas reguladoras de la sentencia, y del artículo 348, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española, que integra la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales. Se argumenta que la sentencia resuelve "a la vista de la documentación obrante y las pruebas practicadas", sin concretar en modo alguno que documentación ni que pruebas ha tenido en cuenta, obviando en cualquier caso toda valoración y análisis del informe pericial emitido por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado.

Se desestima.

La motivación de las sentencias - STS 22 de abril 2013 - tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional - SSTS de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000 -, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial ( SSTS 4 de diciembre de 2007, RC núm. 4051/2000, 13 de noviembre de 2008, RC núm. 680/2003, 30 de julio de 2008, RC núm. 1771/2001 ).

Concurre motivación suficiente para satisfacer estas finalidades siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en Derecho - STC de 20 de diciembre de 2005 -, aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible - SSTS de 20 de diciembre de 2000 y de 12 de febrero de 2001 -.

La exigencia de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate ( SSTS 4 de diciembre de 2007, RC núm. 4051/2000, STS 13 de noviembre de 2008, RC núm. 680/2003, STS 30 de julio de 2008, RC núm. 1771/2001 ).

Pues bien, es cierto que la sentencia no razona ni argumenta lo suficiente sobre el informe pericial emitido por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado en relación con la guarda y **custodia** de las hijas menores ni concreta en que pruebas documentales ampara su decisión. No obstante, la incorporación de los argumentos de la sentencia de primera instancia, que sí lo valora, permite deducir con toda claridad cuáles son las razones que llevaron al tribunal a estimar probados los hechos en los que funda su negativa a acordar la medida, como se recoge incluso en el recurso: a) ambos progenitores no tienen buenas relaciones, aptas para compartir la **custodia** de sus dos hijas menores; b) la situación actual establecida en las medidas provisionales ha funcionado correctamente y las niñas tienen una buena relación con ambos progenitores, y c) el régimen establecido en la sentencia de instancia desnaturaliza la medida de **custodia** compartida.

Sin duda, quien recurre, conoce las razones por las que no se concede este régimen de **custodia** y la Sala puede hacer las valoraciones pertinentes sin necesidad de apreciar la infracción y devolver las actuaciones a la Audiencia para que dicte una nueva sentencia, pues ello supondría unas dilaciones no permitidas por el artículo 24 de la CE ni convenientes al interés superior de los menores por cuanto se demoraría de forma innecesaria la toma de decisiones con grave perjuicio en la evolución de los niños

#### **RECURSO DE CASACION.**

**TERCERO.-** El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 92 del CC, en sus apartados 6,8 y 9, así como de la doctrina jurisprudencial de dichos preceptos recogida en las sentencias de 28 de septiembre y 8 de octubre de 2009, 11 de marzo y 1 de octubre de 2010, 7 y 21 de julio de 2011, entre otras.

Se estima.



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.

Ninguno los criterios utilizados en la sentencia se adecuan a esta doctrina:

En primer lugar, 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 ( STS 22 de julio 2011 ), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación " *no tienen buenas relaciones* ", no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores.

En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la **custodia** de forma individual.

En tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la **custodia**. Ciertamente es que esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social, pero también lo es que una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas.

Como dice la sentencia de 19 de julio de 2013, lo que se pretende con esta medida es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo 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".

Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

**CUARTO.-** La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia y, sin entrar en el segundo motivo, subsidiario del primero, al asumir la instancia, ratificar la sentencia del Juzgado. No se impone a ninguna de las partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, pese a su desestimación por razones simplemente de oportunidad, 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 apelación.



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

### FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de extraordinario por infracción procesal y estimar el de casación formulado por don Ángel Daniel , contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres en fecha de 22 de noviembre de 2011, dictada en el rollo de apelación nº 446/2011 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar se repone íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción num. 3 de Cáceres, de 15 de marzo de 2011 .

4º No se imponen las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a ninguna de las partes litigantes.

5º No se hace especial imposición de las costas del recurso de apelación.

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. Xavier O'Callaghan Muñoz.**

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.