

Roj: **STS 437/2016 - ECLI:ES:TS:2016:437**Id Cendoj: **28079110012016100050**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/02/2016**Nº de Recurso: **326/2015**Nº de Resolución: **51/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AV 337/2014,**  
**STS 437/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 231/2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 38/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ávila, cuyo recurso fue interpuesto por don Cornelio representado por el procurador don Carlos Sacristán Carrero, bajo la dirección letrada de doña Pilar Cesteros García, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Pedro Antonio González Sánchez en calidad de recurrente y compareciendo en calidad de recurrida doña Adelina, representada por el procurador don Benjamín González López, bajo la dirección letrada de don Miguel Ángel Encinar Jiménez, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La procuradora doña María Mercedes Rodríguez Gómez, en nombre y representación de doña Adelina, interpuso demanda de juicio de divorcio matrimonial contra don Cornelio y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«se acuerde el DIVORCIO MATRIMONIAL de los cónyuges DON Cornelio Y DOÑA Adelina, fijando las siguientes medidas:

1.- GUARDIA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. Los hijos menores de edad del matrimonio, Marí Luz y Luis Andrés, queden bajo la guardia y custodia de la madre DOÑA Adelina, sujetos a la patria potestad de ambos cónyuges.

2.- USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

El uso de la vivienda familiar, ajuar, muebles y enseres que se encuentran en la misma, teniendo en cuenta que interesamos la guardia custodia para la madre, se adjudicará a la madre DOÑA Adelina y a los hijos menores, continuando en la posesión y disfrute de la misma sita en CALLE000 NÚM. NUM000 de esta ciudad por lo que, el esposo tendrá que salir de la vivienda familiar, recogiendo de esta sus efectos personales.

3.- RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIONES Y ESTANCIA.-

Teniendo en cuenta que se interesa la guardia y custodia para la madre, con carácter de mínimo, se deberá fijar el siguiente régimen, el padre tendrá a sus hijos menores los fines de semana alternos de viernes a las 18 horas al domingo a las 19 horas, debiendo recoger y entregar a los hijos en la vivienda familiar de los hijos.



**DURANTE LA SEMANA.-** El padre podrá tener a sus hijos los lunes y miércoles desde las 16 horas a las 19 horas, debiendo recoger y entregar a los hijos en la vivienda familiar de los hijos, en caso de puente dichas visitas no se llevaran a cabo, debiendo estar con el progenitor que les corresponda el puente.

**PUNTES OFICIALES.-** En los puentes oficiales, los menores estarán con el progenitor que disfrute el fin de semana al que vaya unido el puente oficial, debiendo ser reintegrados los menores al domicilio familiar.

**VACACIONES DE VERANO, SEMANA SANTA Y NAVIDAD.-** Corresponden a cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad, eligiendo la madre en los años pares y el padre en los años impares. En el período de vacaciones de Navidad, habrá dos períodos, el primero desde el inicio de las vacaciones de Navidad, en concreto el primer período desde el día 23 de diciembre a las 12 horas hasta el 30 del mismo mes hasta las 12 horas, y donde se incluirá la Nochebuena y la Navidad, y el otro período desde las 12 horas del día 30 de diciembre hasta las 13 horas del día 6 de enero, incluyendo Nochevieja, año nuevo y mitad de Reyes, compartiendo el resto del día de Reyes con el otro progenitor, corresponderá a un progenitor eligiendo la madre en períodos pares y al padre los impares.

Debiendo ser reintegrados los menores al domicilio del progenitor contrario.

Si algún progenitor se trasladase circunstancialmente con los hijos menores de edad fuera de Ávila, deberá comunicar al otro el lugar de destino y un teléfono de contacto.

**4.- PENSIÓN DE ALIMENTOS, CARGAS FAMILIARES Y GASTOS EXTRAORDINARIOS.-** Se acordará que el esposo DON Cornelio entregará a DOÑA Adelina la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150.-?) MENSUAL, para cada uno de los hijos, dentro de los primeros cinco días de cada meses, en la cuenta que designe la esposa, en concepto de PENSIÓN DE ALIMENTOS, siendo el total de TRESCIENTOS EUROS MENSUALES, dicha cantidad se modificará al alza, en el momento que el esposo encuentre empleo o inicie una actividad profesional. Dicha pensión quedará actualizada todos los años a fecha de 1 de enero, según el índice de precios al consumo que publique el INE u organismo que le sustituya.

Se acordará, que el esposo estará obligado a pagar el 50% de la cuota de préstamo que grava la vivienda familiar, al que hemos hecho referencia, asimismo deberá pagar el 50% de las cuotas ordinarias y extraordinarias, de la comunidad de propietarios y del impuesto de bienes inmuebles de naturaleza urbana (IBI), debiéndose ingresar en la cuenta que designe la esposa.

Se acordará que el esposo deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios como por ejemplo compra de libros de texto por razón de estudios, clases particulares, gastos por actividades extraescolares, gastos médicos y de hospitalización, farmacéuticos, de dentistas, de prótesis dentales y otros que precisen los hijos para una mayor educación y bienestar personal, debiéndose ingresar en la cuenta que designe la esposa.

**5.- DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.** Se acuerde y se decrete la disolución de la sociedad de gananciales, difiriéndose su liquidación a la fase de ejecución de sentencia por el procedimiento especialmente previsto por la Ley».

**2.-** El Fiscal se personó en plazo contestando y oponiéndose a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables interesando:

«Se dicte sentencia conforme a lo probado».

**3.-** El procurador don Carlos Sacristán Carrero, en nombre y representación de don Cornelio , 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 decrete el divorcio del matrimonio formado por actora y demandado, y como medidas definitivas, además de las inherentes a dicha declaración, las siguientes:

A) Guarda y custodia. Respecto de los hijos habidos en el matrimonio Luis Andrés y Marí Luz se atribuirá la guarda y custodia al padre, don Cornelio .

B) Régimen de visitas. El régimen de visitas a favor de la madre doña Adelina , será:

- La madre tendrá como régimen de visitas todos los fines de semana alternos recogiendo a los hijos en el domicilio familiar los viernes a las 19 horas hasta las 20 horas del domingo, reintegrándoles al domicilio familiar donde conviven con el padre. Respecto a los puentes o días festivos, corresponderá a aquel progenitor con el que los hijos menores se encuentren en régimen de visitas.

- Asimismo, la madre mantendrá visitas con sus hijos todos los miércoles desde las 16 horas que les recogerá en el domicilio familiar hasta las 20 horas que serán reintegrados al domicilio familiar.



- Las vacaciones de Navidad escolares serán divididas por mitades, dividiéndose en dos períodos: primer período del 24 de diciembre a las 16 horas hasta el día 31 de diciembre a las 20 horas; segundo período del 31 de diciembre a las 20 horas hasta el día 7 de enero a las 16 horas.

- Las vacaciones de Semana Santa escolares, serán igualmente, divididas por mitad entre ambos cónyuges.

- Las vacaciones de verano escolares serán divididas por mitades, disfrutando cada cónyuge de períodos de quince días, prorrateándose por partes iguales los excesos.

Todas las entregas y recogidas de los menores se llevarán a cabo en el domicilio de los menores.

Corresponderá la elección de los períodos de estancia, los años pares al padre y los años impares a la madre.

C) Atribución del uso del domicilio familiar. En cuanto al uso del hasta ahora domicilio conyugal, sito en Ávila, en la CALLE000 n° NUM000 - NUM001 deberá atribuirse a los menores y al padre, don Cornelio .

Asimismo, se solicita la atribución del uso del ajuar familiar para los hijos y mi representado.

D) Cargas familiares:

a) En concepto de alimentos para los menores la madre, doña Adelina abone la cantidad mensual de 500.-?, esto es, 250.-?, por cada hijo. Esta cantidad deberá ser actualizada anualmente según el IPC y será ingresada en la cuenta bancaria que se designe al efecto por el esposo.

b) Gastos extraordinarios de los menores al cincuenta por ciento entre ambos progenitores.

c) Cuota hipotecaria, IBI y seguro de la vivienda familiar, al cincuenta por ciento entre ambos progenitores».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ávila se dictó sentencia, con fecha 28 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO. Que, estimando parcialmente la demanda presentada por D.<sup>a</sup> Adelina representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Mercedes Rodríguez Gómez y defendida por el letrado D. Miguel Ángel Encinar Jiménez contra D. Cornelio representado por el procurador D. Carlos Sacristán Carrero y siendo parte el Ministerio Fiscal, acuerdo la disolución del matrimonio por causa de divorcio entre D. Cornelio y D.<sup>a</sup> Adelina con todos sus efectos legales y, en particular, los siguientes:

**PRIMERO.-** La separación personal de los litigantes pudiendo elegir libremente su domicilio.

**SEGUNDO.-** Los hijos menores de edad quedarán en la compañía y bajo la guarda y custodia de ambos progenitores bajo un sistema de guarda y custodia compartida.

**TERCERO.-** El régimen de guarda y custodia compartida será el siguiente:

A.- Los años pares la madre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de enero, el mes de abril, el mes de mayo, el mes de agosto, el mes de septiembre y el mes de diciembre y el padre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de febrero, el mes de marzo, el mes de junio, el mes de julio, el mes de octubre y el mes de noviembre.

B.- Los años impares la madre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de febrero, el mes de marzo, el mes de junio, el mes de julio, el mes de octubre y el mes de noviembre y el padre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de enero, el mes de abril, el mes de mayo, el mes de agosto, el mes de septiembre y el mes de diciembre.

C.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente ese mes con los hijos menores de edad el derecho de visitarles, comunicar con ellos y tenerles en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres procurando el mayor beneficio de los hijos y, en caso de desacuerdo y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos: tener consigo a los hijos menores de edad en fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las veinte horas del domingo; la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa eligiendo estos períodos los años pares el padre y los años impares la madre; los fines de semana que coincidan con puente escolar establecido por el centro escolar o por la administración quedarán contemplados a efectos del régimen de visitas como fin de semana de tres, cuatro o cinco días en su caso comenzando el régimen de visitas el día que sea concedido el mismo desde las 18 horas y finalizando el último día a las veinte horas tal y como si fuera domingo; la madre o el padre tendrán derecho de visitas el día del cumpleaños de los menores durante dos horas desde las diez y ocho horas hasta las veinte horas, dependiendo de con quien se encuentren los menores de edad; el día del cumpleaños de la madre o del padre éstos tendrán derecho de visitas durante todo el día siempre que no interfieran en la actividad escolar; así como el derecho de visitas en términos razonables en caso de enfermedad de cualesquiera de los dos hijos en el domicilio de éstos.



**CUARTO.-** La totalidad de los gastos del hogar familiar (suministros de agua, de electricidad, prima del seguro, cuotas ordinarias y extraordinarias de la comunidad de propietarios, tasas de recogida de basuras, impuesto sobre bienes inmuebles, reparaciones de la vivienda, de los muebles y de los electrodomésticos, gastos de conservación, reposición del mobiliario, etc) serán satisfechos por mitad e iguales partes por ambas partes.

**QUINTO.-** Cada progenitor sufragará la mitad de los gastos ordinarios y extraordinarios que se produzcan durante la vida de los hijos menores de edad y, en caso de no ser aceptado, resolverá el juzgado.

**SEXTO.-** La vivienda familiar quedará en uso y disfrute de los hijos menores de edad, en compañía del progenitor con el cual convivan ese mes, pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario tanto de los que permanecen en la propia vivienda como de los que extraiga el que la abandona.

**SÉPTIMO.-** Se acuerda la disolución del régimen económico-matrimonial y de la sociedad de gananciales cuya liquidación podrá llevarse a cabo a través del procedimiento judicial legalmente establecido si así lo solicita alguna de las partes quedando suspendida la sociedad de gananciales hasta que se produzca la firmeza de la presente sentencia o se liquide voluntariamente por las partes.

**OCTAVO.-** No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, e impugnada la sentencia por la parte demandada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia, con fecha 18 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Doña Adelina y desestimando la adhesión de don Cornelio , contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2014, dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ávila , en el procedimiento civil núm. 38/2014, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, y manteniendo los pronunciamientos relativos a la disolución del matrimonio de los litigantes por divorcio, constancia en el Registro Civil, separación personal de los litigantes con posibilidad de elegir su domicilio y disolución del régimen económico matrimonial, sustituimos el resto por los siguientes:

- Ambos progenitores ejercerán la patria potestad respecto a los hijos menores Marí Luz y Luis Andrés .
- Los menores quedarán bajo la guarda y custodia de doña Adelina .

Se reconoce a don Cornelio el derecho a visitar a sus hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía en los términos y en la forma que acuerden ambos progenitores, y en caso de desacuerdo y como mínimo, este derecho comprenderá lo siguiente: tener consigo a los hijos en fines de semana alternos desde el viernes a la hora de salida del colegio hasta las 20,30 horas del domingo, y todos los miércoles desde la hora de salida del colegio hasta las 20,30 horas, la mitad de las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad, eligiendo estos períodos los años pares la madre y los años impares el padre; los fines de semana en compañía de los hijos que coincidan con puente escolar establecido por el centro docente o la administración educativa se considerarán a efectos del régimen de visitas como fines de semana de mayor duración, abarcando los días añadidos. El día del cumpleaños de los menores, el progenitor con quien no se encuentren tendrá derecho de visita desde las 18 hasta las 20 horas, y de igual manera en los días de cumpleaños del padre y de la madre.

- En concepto de pensión alimenticia don Cornelio abonará a doña Adelina con carácter anticipado la suma de 150 euros mensuales para cada hijo, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se actualizará dicha suma cada año, el día 1 de enero, conforme al IPC. Igualmente el Sr. Cornelio sufragará la mitad de los gastos extraordinarios de cada hijo.

- Se asigna el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico a los hijos menores y a la madre custodia, quien sufragará los gastos ligados al uso.

No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias».

**TERCERO.- 1.-** Por la representación procesal de D. Cornelio se interpuso recurso de casación por razón de interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3º de la LEC , por infracción del art. 92, 5 , 6 y 7 del Código Civil , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución Española , el art. 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las



de fechas 7 de junio de 2013 , 25 de noviembre de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 17 de diciembre de 2013 y 25 de abril de 2014 .

La sentencia de la Audiencia infringe los preceptos expresados y se aparta de la doctrina de esa Sala, contenida entre otras en la sentencias que se han expresado en el enunciado. La sentencia de la Audiencia se ha limitado a analizar, una y otra vez, la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores y la falta de apoyo del Fiscal a la custodia compartida, negando de un modo genérico, pero sin analizarlos, la concurrencia de los demás requisitos exigidos para acordar la custodia compartida, sin mencionar los que específicamente concurren la adopción en el presente caso concreto, y sin analizar su efectividad, sino que, según la Audiencia, la existencia de buenas relaciones entre los progenitores es y constituye el requisito de inexcusable observancia, requerido para la adopción del régimen de custodia compartida.

La Audiencia, como se afirma en la sentencia de esa Sala de fecha 25 de abril de 2014 , aplica un modelo de custodia sobre una base meramente especulativa o en régimen de sospecha sobre el interés de los menores sobre cómo podría desarrollarse la custodia compartida, sin tener en cuenta que en el caso presente, como así lo apreció el juzgador de instancia, concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para establecer la custodia compartida, constituyendo el eje sobre el que pivota todo el entramado y ratio decidendi de la sentencia de la Audiencia, la situación de mala relación existente entre los progenitores, de modo que, según la Audiencia lega a concluirse que sin la existencia de una buena relación entre los progenitores, no sería nunca posible la custodia compartida, lo que es contradictorio, frontalmente, por las sentencias de esa Sala, citadas en el enunciado, particularmente por las de fechas 29 de noviembre y 17 de diciembre de 2013 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 17 de junio de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador don Benjamín González López, en nombre y representación de doña Adelina , presentó escrito de oposición al mismo, mientras que el Fiscal en sus alegaciones interesó la estimación del recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En el procedimiento de divorcio contencioso seguido a instancia de D.<sup>a</sup> Adelina contra D. Cornelio recayó sentencia en primera instancia que acordó que los hijos menores Luis Andrés ( NUM002 -2004) y Marí Luz ( NUM003 -2006), quedaran bajo un sistema de guarda y custodia compartida por ambos progenitores, residiendo rotatoriamente cada progenitor con los menores en la vivienda familiar como se ha hecho constar en los antecedentes de hecho de la presente sentencia.

D. Cornelio trabaja en la actualidad como recepcionista de hotel.

D.<sup>a</sup> Adelina es titulada como técnica de laboratorio y trabaja en un hospital de Ávila.

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandante e impugnada por el demandado.

Tras la sentencia de primera instancia y durante la sustanciación de la apelación, se aplicó el auto de medidas dictado por el juzgado con fecha 28 de julio de 2014, por el que se hacía efectiva la custodia compartida, en la forma determinada en la sentencia del juzgado, mediante turno rotatorio, lo que se efectuó desde julio a diciembre de 2014.

La AP, por sentencia de 18 de diciembre de 2014 , estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Adelina y desestimó la adhesión de D. Cornelio , revocando, en lo que aquí interesa, el pronunciamiento relativo al establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida. En su lugar acordó que los menores quedarán bajo la guarda y custodia de la madre con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre.

Indica la AP que, merced a las pruebas practicadas, no se puede concluir que sea más beneficioso atribuir la custodia compartida a ambos progenitores. Se basa en el informe emitido por el equipo técnico psicosocial, que recomienda como oportuno que la guarda y custodia la siga ejerciendo la madre y que los menores tengan un contacto amplio y flexible con su padre, y destaca como factor que desaconseja la custodia compartida el enfrentamiento existente entre aquéllos, ya que considera que el elevado nivel de pugna interparental y falta de consenso entre ambos progenitores podría repercutir en la estabilidad y desarrollo emocional de los menores y sumirlos en un conflicto de lealtades.



Contra la anterior sentencia el padre de los menores ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC . El recurso contiene un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 92 CC , en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el art. 39, párrafo 2º CE , y los arts. 2 y 11.2 b) de la LO 1/1996 de Protección del Menor , y la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico en materia de guarda y custodia compartida ( SSTS de 7 de junio de 2013 , 25 de noviembre de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 17 de diciembre de 2013 y 25 de abril de 2014 ).

Según el recurso, la sentencia recurrida se ha limitado a analizar la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores, como si se tratase de un requisito de inexcusable observancia y alude a genéricos peligros potenciales que podrían repercutir en la estabilidad emocional de los menores, pero no analiza los beneficios que para los menores podría entrañar el régimen de custodia compartida, basándose en meras conjeturas.

**SEGUNDO** .- En el informe psicosocial consta:

1. La conflictividad, en ascenso, entre los progenitores.
2. No se presentan factores psicopatológicos en los padres.
3. Los menores tienen vinculación positiva con ambos progenitores.
4. Los menores presenciaron en muchas ocasiones las desavenencias.
5. Ambos cuentan con buenas competencias parentales.
6. En el informe se opta por aconsejar la custodia a favor de la madre, dada su estabilidad laboral y su actitud facilitadora del contacto paternofamiliar.
7. A favor del padre propone fines de semana alternos, mitad de vacaciones y dos tardes en semana.

**RECURSO DE CASACIÓN.**

**TERCERO** .- Motivo único. «Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3º de la LEC , por infracción del art. 92, 5, 6 y 7 del Código Civil, en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución Española , el art. 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las de fechas 7 de junio de 2013 , 25 de noviembre de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 17 de diciembre de 2013 y 25 de abril de 2014 .

«La sentencia de la Audiencia infringe los preceptos expresados y se aparta de la doctrina de esa Sala, contenida entre otras en la sentencias que se han expresado en el enunciado. La sentencia de la Audiencia se ha limitado a analizar, una y otra vez, la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores y la falta de apoyo del Fiscal a la custodia compartida, negando de un modo genérico, pero sin analizarlos, la concurrencia de los demás requisitos exigidos para acordar la custodia compartida, sin mencionar los que específicamente concurren en el presente caso concreto, y sin analizar su efectividad, sino que, según la Audiencia, la existencia de buenas relaciones entre los progenitores es y constituye el requisito de inexcusable observancia, requerido para la adopción del régimen de custodia compartida.

«La Audiencia, como se afirma en la sentencia de esa Sala de fecha 25 de abril de 2014 , aplica un modelo de custodia sobre una base meramente especulativa o en régimen de sospecha sobre el interés de los menores sobre cómo podría desarrollarse la custodia compartida, sin tener en cuenta que en el caso presente, como así lo apreció el juzgador de instancia, concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para establecer la custodia compartida, constituyendo el eje sobre el que pivota todo el entramado y ratio decidendi de la sentencia de la Audiencia, la situación de mala relación existente entre los progenitores, de modo que, según la Audiencia llega a concluirse que sin la existencia de una buena relación entre los progenitores, no sería nunca posible la custodia compartida, lo que es contradictorio, frontalmente, por las sentencias de esa Sala, citadas en el enunciado, particularmente por las de fechas 29 de noviembre y 17 de diciembre de 2013 ».

Se estima el motivo .

Esta Sala ha declarado sobre la custodia compartida:

«La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van



a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2014 ).

»Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. ( Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013 )».

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Igualmente en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

**CUARTO** .- A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible.

En la resolución recurrida se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para educación de su hijo y, de hecho, mantiene la ampliación del sistema de visitas que ya proponía el informe psicosocial.

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia.

Partiendo de ello, no apreciamos en autos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consuno.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.



**QUINTO** .- El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño lo dejará en el domicilio del otro.

Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre, y los impares la madre.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

**SEXTO** .- Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia ( STS 9 de septiembre de 2015, rec. 545 de 2014 ), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

En igual sentido la sentencia de 3 de diciembre de 2013, rec. 1341 de 2012 .

**SÉPTIMO** .- Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores.

**OCTAVO** .- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente ( art. 398 LEC de 2000 ).

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

## FALLAMOS

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Cornelio , representado por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, contra sentencia de 18 de diciembre de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila .

2. Casar parcialmente la sentencia recurrida, acordando el sistema de custodia compartida sobre los menores.

3. El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño lo dejará en el domicilio del otro.

Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre, y los impares la madre.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

4. Se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

5. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

6. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir.





Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ