



Roj: **STS 1157/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1157**

Id Cendoj: **28079110012016100145**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2016**

Nº de Recurso: **1671/2015**

Nº de Resolución: **139/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7558/2015,**
STS 1157/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por don Obdulio contra la sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 2015 por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1163/2014, dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 715/2013.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Obdulio, representado por el procurador don José Antonio Hurtado Cejas.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Valentina, representada por la procuradora doña Begoña López Cerezo.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los Tribunales doña Valentina, en nombre y representación de don Obdulio, presentó demanda de modificación de medidas definitivas suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tenga al Procurador que suscribe por comparecido en nombre y representación de DON Obdulio y por promovida en su nombre DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS PATERNO-FILIALES contra DOÑA Valentina a quien deberá emplazarse para que la conteste, si a su derecho viere convenirle, en los términos del Art. 753 LEC, citando seguidamente a las partes a la vista prevenida en el art. 770.3, para en su día y previos los demás trámites legales, se dicte resolución por la que, estimando dicha demanda, se acuerde la modificación de medidas solicitada, acordando como medidas definitivas las siguientes: 1) La guarda y custodia del hijo menor de edad llamado Matías, se otorgue a Doña Valentina y a Don Obdulio de forma compartida por periodo de tres meses de convivencia con cada progenitor, siendo los mismos de enero a mayo, abril a junio, julio a septiembre y octubre a diciembre al tiempo que a la vez comparten ambos progenitores la patria potestad. La custodia entendida como compañía física del menor la ejercerá el padre desde el primer día del trimestre siguiente a la notificación de la Sentencia que recaiga en este proceso y terminado dicho periodo empezará el trimestre que corresponde a la madre y luego ya por trimestres alternos, decretando asimismo necesaria la intervención de ambos progenitores para las decisiones relativas a la salida al extranjero del menor Matías u otros desplazamientos que pudieran impedir el cumplimiento del régimen de visitas que luego se dirá,



para las decisiones sobre su adoctrinamiento, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y posteriores traslados, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entenderá prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquel, no lo rechaza. En caso de discrepancia, será necesaria la previa autorización judicial para llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a su hijo, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general los progenitores tienen derecho a obtener información médica de su hijo y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre el menor, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes del mismo y como receptor de toda la información educativa y de otro tipo, estará en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. El custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo y de su patrimonio, que sólo el conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. 2) En defecto de acuerdo se establezca el siguiente régimen de visitas mínimo para que el hijo menor pueda estar en compañía del progenitor no custodio odio en cada caso, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 16,30 horas, a las 21 horas del domingo y en periodo escolar hasta el lunes por la mañana en que el progenitor que le tenga de visitas tal fin de semana lo llevará directamente al colegio el lunes por la mañana, y dos tardes entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio por la tarde a las 16,30, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20 horas en que los retornara al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y un mes en verano. Las vacaciones escolares de verano que correspondan un mes a cada progenitor se dividen en dos periodos: el primero desde el 30 de junio por la tarde, 16,30 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 16,30 horas, y el segundo desde el 31 de julio por la tarde, 16,30 horas, hasta el 31 de agosto por la tarde, 16,30 horas. Las vacaciones escolares de navidad por mitad, se dividirán en dos periodos: el primero desde el último día lectivo por la tarde 16,30 horas hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, y el segundo periodo del 31 de diciembre por la mañana, 12 horas hasta el día anterior al comienzo del curso por a tarde, 16,30 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas de la Comunidad de Madrid, corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las fiestas de la Comunidad, al padre y los años impares corresponden la Semana Santa al padre y las fiestas de Madrid a la madre. Fuera de los Casos ya fijados de Semana Santa y Las Fiestas de la Comunidad, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá periodo en los años pares y el padre en los impares. Siempre que exista un derecho de Opción, deberá mediar comunicación fehaciente del mismo a la otra parte con al menos 30 días de antelación a la fecha elegida, bajo sanción de pérdida de derecho de opción en otro caso. La entrega y recogida del hijo menor, se realizará en el domicilio del progenitor Custodio. Durante los periodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. Tras cada periodo de vacaciones las visitas se reanudarían en la forma en que quedaron antes del comienzo del último periodo de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutará del primer fin de semana tras las vacaciones. Los „amados "puentes escolares" se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a su hijo durante la totalidad de dicho "puente". Si el hijo padeciera alguna enfermedad que le impidiera las visitas y la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo en el mismo durante una hora cada día, que señalara el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto. 3) El USO del domicilio familiar sito en la C/ Sector Pintores, 16, 1º Izda, de Tres Cantos (Madrid) junto con el ajuar domestico y anexos se atribuye al progenitor con el que esté el hijo cada trimestre de tal manera que el menor siempre residirá en tal domicilio y serán los progenitores los que lo usaran el trimestre que les corresponda estar con él, manteniéndose esta alternancia y uso mientras esté vigente este sistema de custodia compartida. Todos los gastos ordinarios derivados del uso y disfrute de la vivienda los abonará la parte que la utilice; 4) En cuanto al régimen de pensión alimenticia y en atención a que la obligación de alimentar al menor Matías recae por igual en ambos progenitores y que ambos disponen de una profesión que les permite atender a todas las necesidades del niño, resulta más ágil y operativo no fijar pensión que deban entregarse el uno al otro para alimentos de éste el trimestre en que no les corresponda la custodia, por lo que en sustitución de



ese mecanismo de pensión alimenticia tradicional, se establezca que el progenitor que bajo cuya custodia esté deberá atender a todas las necesidades ordinarias que tenga en ese periodo trimestral, sin perjuicio de incrementar la participación del padre que satisfará en forma directa, los recibos escolares, con inclusión de los gastos de comedor y actividades extraescolares que actualmente desarrolla el menor, siendo los gastos extraordinarios necesarios del hijo sufragados por los progenitores al cincuenta por ciento y los no necesarios que como imprevistos y de ordinario conlleva su Crianza, en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores, y en defecto de acuerdo, abonados por el progenitor que haya decidido la realización del gasto, entendiéndose por gastos extraordinarios necesarios, en todo caso, los gastos Sanitarios no cubiertos por el sistema publico de salud o seguro médico; y 5) Se impongan las costas a la demandada en caso de Oponerse.»

2.- Admitida a trámite la demanda y dando traslado a las partes, la representación procesal de doña Valentina , contestó a la misma y suplicó al Juzgado:

«...tenga por formulada contestación a la demanda de modificación de medias instada por el padre de la menor y, dicte sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por su manifiesta temeridad.»

3.- El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Colmenar Viejo, dictó sentencia el 5 de noviembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando en parte la demanda presentada por don Obdulio representado por el procurador Sr. Hurtado Cejas contra doña Valentina representado por el procurador Sra. Pinto Ruiz. ACUERDO modificar el régimen ordinario de visitas en los siguientes términos:

»El padre tendrá como régimen de visitas los fines de semana alternos, recogiendo al niño el jueves a la salida del colegio hasta el lunes, (manteniéndose lo acordado respecto de puentes o festivos) y una tarde entre semana, que a falta de acuerdo será el martes desde la salida del colegio o a las 4,30 horas hasta las 20 horas que retornará a su domicilio.

Las semanas que no corresponda al padre el fin de semana dos tardes, que a falta de acuerdo serán martes y jueves desde la salida del colegio o a las 4,30 horas hasta las 20 horas que retornará a su domicilio.

Manteniendo el resto de medidas aprobadas por sentencia de 4 de mayo de 2012 .»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Obdulio , correspondiendo su tramitación a la Sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 24 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por don Obdulio contra la sentencia dictada en fecha 24 de abril de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Colmenar Viejo , en autos de modificación de medidas definitivas seguidas bajo el nº 715/13, entre dicho litigante y doña Valentina , debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.»

TERCERO. - *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de don Obdulio , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en un único motivo por oposición a la jurisprudencia de esta Sala.

2.- La Sala dictó Auto el 30 de septiembre de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Obdulio contra la sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 22ª), en el rollo de apelación nº 1163/2014 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 715/2013 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Colmenar Viejo.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de doña Valentina manifestó su oposición al recurso presentado de contrario.

4.- El Ministerio Fiscal, en su informe, apoyó la estimación al recurso.

5.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 23 de febrero de 2016 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- Don Obdulio interpuso demanda de modificación de medidas en relación con la guarda y custodia del hijo común contra doña Valentina , interesando la guarda y custodia compartida.

2.- Se alega como causa de modificación que, tras la firma del convenio regulador, se reanudó una convivencia durante más de un año y que el menor actualmente cuenta con cinco años, mientras, que cuando se firmó el convenio tenía tres años.

3.- El Juzgado de Primera Instancia, con informe favorable del Ministerio Fiscal, desestimó la pretensión actora por entender que es previsible que el menor cumpla años, y ello por sí mismo no puede justificar una modificación de las medidas. La sentencia sí accedió a un régimen de visitas más amplio a favor del progenitor no custodio.

4.- La representación procesal de don Obdulio interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo su conocimiento a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 24 de marzo de 2015 desestimatoria del recurso.

5.- El Tribunal de apelación motiva su decisión en los siguientes términos:

(i) Los cónyuges pactaron el sistema de guarda y custodia en septiembre de 2011, siendo aprobada la propuesta de convenio en sentencia de 4 de mayo de 2012 . Se reanudó la convivencia unos meses y nuevamente se rompió la relación, formulándose la presente demanda en septiembre de 2013.

(ii) No se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia que justifique modificar lo acordado por los progenitores, fieles conocedores de sus circunstancias personales, vitales y familiares a la hora de decidir sobre lo más conveniente para el menor, tanto en su desarrollo psicofísico, como en su evolución emocional, afectiva y de bienestar.

(iii) El interés del favor filii o del menor exige valorar lo actuado a fin de determinar la conveniencia de instaurar el sistema de custodia compartida, por ser lo que más favorece a aquél, y, sin embargo, no se ha probado cambio alguno de las circunstancias que, debidamente valoradas por las partes estimaron como más aconsejable la custodia materna del hijo común.

6.- Frente a dicha sentencia se interpone el recurso de casación en un único motivo por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, citando las Sentencias de fecha 29 de abril de 2013 , de 16 de octubre de 2014 , de 18 de noviembre de 2014 , de 16 de febrero de 2015, nº de recurso 2827/2013 y 16 de febrero de 2015, nº de recurso 890/2014 , con infracción de los arts. 92. apartados 8 y 9 del CC y 2 y 9 de la LOPJM.

Alega el recurrente que la sentencia recurrida aplica de manera incorrecta el principio de protección del interés del menor con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al menor, produciéndose interés casacional por cuanto la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que debe declararse infringida. En esencia en esta se consagra como régimen normal incluso deseable, siempre que ello sea posible, y en tanto en cuanto lo sea.

7.- La Sala dictó Auto de 30 de septiembre de 2015 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrida que, además y con carácter prioritario, alegó su inadmisibilidad.

8.- El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Admisibilidad del recurso.*

1.- Teniendo en cuenta que no se formula recurso extraordinario por infracción procesal dirigido a denunciar un error en la valoración de la prueba, en los estrictos términos que autoriza la Sala, podría defenderse una inexistencia de interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo podría prosperar mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados, sobre todo atendiendo a la ratio decidendi de la sentencia.

2.- Ahora bien, partiendo de que el recurso, aunque recoja hechos que no aparecen en la sentencia, en realidad está fundando su denuncia en algo propio de la valoración jurídica, como es el interés superior del menor, concepto que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio 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 afecto 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», procede su admisión, pues para resolverlo no es preciso alterar el factum de la sentencia del Tribunal de apelación. Cuando se trata de revisar el interés del menor en caso de guarda y custodia se admite que se haga en casación (STS 25 de septiembre de 2015).

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

1.- La Sala viene reiterando en sentencias, entre las más recientes, de 4 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016 , la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto es si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor.

2.- A ello se ha de añadir que en estos recursos, en evitación de que se conviertan en una tercera instancia, sólo habrá de examinarse (STS 30 de diciembre de 2015) si el juez ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, con el fin último de del elección del régimen de custodia más favorable para el mismo en interés de éste.

3.- Así ha obrado la sentencia recurrida, que no ignora la doctrina de la Sala sino que motiva que no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que se representaron los progenitores, fieles concedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar, cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial.

Por ello, en la actual situación, no se aprecia razón que no justifique la medida consensuada por las partes, dando sensación de que el recurso más parece dirigido a revisar la medida acordada en su día que a sustentar una pretensión de cambio amparada en una valoración distinta del interés del menor.

El motivo se desestima

CUARTO.- Conforme a los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente en las costas del recurso con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLAMOS

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por don Obdulio , contra la sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 2015 por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1163/2014 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas 715/2013.

2.º Confirmar la sentencia recurrida, declarando la firmeza de la misma.

3.º Imponer a la parte recurrente las cosas del recurso, compartida del depósito constituido para recurrir.

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

Eduardo Baena Ruiz , 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.