



Roj: **STS 4634/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4634**

Id Cendoj: **28079110012016100606**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2016**

Nº de Recurso: **2907/2014**

Nº de Resolución: **638/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10598/2014,**
STS 4634/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 26 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22.º de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal n.º 575/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Alcorcón, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Constancio , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Martínez Pérez, siendo parte recurrida doña Sara , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Inés María Álvarez Godoy. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña María José Pérez Martínez, en nombre y representación de doña Sara , interpuso demanda de juicio sobre guarda y custodia y régimen de visitas, contra don Constancio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

«se dicte sentencia por la que, reconociendo la ruptura de la unión paramatrimonial existente hasta ahora entre las partes, se acuerden los efectos contenidos en el hecho SEXTO de esta demanda, que reproducimos:

»1º.- Atribución de la guarda y custodia del menor a la madre doña Sara , siendo la patria potestad compartida.

»2º.- Dada la poca edad del menor, se solicita el establecimiento de un régimen de visitas sin pernocta fuera, a favor del progenitor no custodio D. Constancio , de fines de semana alternos desde las 13.30 horas hasta las 17 horas del sábado y el mismo horario el domingo, rigiendo en vacaciones el mismo régimen hasta que el menor alcance la edad de 3 años, momento en el cual, si no han variado las circunstancias el régimen de visitas será el siguiente

».ANUALMENTE.- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del Colegio al que asista el menor hasta el domingo a las 20.00 horas durante los meses de noviembre, diciembre, enero, febrero, marzo y abril, y a las 22 horas los meses restantes. El padre recogerá al menor a la salida del Colegio y lo reintegrará el domingo en el domicilio de la madre

» ANUALMENTE: 1) VERANO: Pasará un mes con el padre. La elección del mes corresponderá los años pares al padre y los impares a la madre.

» 2) NAVIDADES. El hijo de la pareja pasará una semana con el padre y otra con la madre. Los años pares elegirá el padre y los impares la madre



» 3) SEMANA SANTA. Las vacaciones de Semana Santa, a falta de acuerdo entre los progenitores, las pasará el niño los años pares con el padre y los impares con la madre. El padre en ningún caso podrá acceder al domicilio a recoger o entregar al niño, haciéndose en el portal del domicilio.

»3º.- Obligación de satisfacer pensión de alimentos a favor del menor por parte del demandado, que se fija en 800 €, mensuales, comprendiendo el derecho de habitación (alquiler de la vivienda), alimentación, vestido, calzado etc, a abonar anticipadamente en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe doña Sara, y actualizable anualmente conforme las variaciones que experimente el IPC que publica el INE u organismo que pudiera sustituirle.

»4º.- Uso y disfrute de la vivienda familiar y los enseres contenidos en la misma sita en la C/ DIRECCION000 NUM000, PORTAL NUM001 - NUM002 de Alcorcón (Madrid), al menor y a mi mandante que se queda con su guarda y custodia, y dado, que el demandado ha sacado de la casa varios enseres familiares dejando a mi mandante y a su hijo literalmente en el suelo, los reintegre a dicha vivienda según lista que se adjunta y que acompañamos de documento nº 6. Asimismo, dado que a mi representada le pertenecen los enseres que se encuentran en la vivienda de la C/ DIRECCION001 NUM003 de Colmenar del Arroyo, y que figuran en el reverso del citado documento, comprometiéndose a su devolución el demandado, que haga entrega de los mismos, puesto que mi mandante no dispone de mobiliario y le tiene que dar de comer a su hijo como decimos literalmente en el suelo.

» 5º. - Se solicita asimismo que el demandado haga entrega a mi mandante de la cantidad de 3000 € que ésta aportó, para la compra del vehículo LEXUS que está utilizando el demandado.

»Y todo ello con expresa condena en costas al demandado, si con temeridad o mala fe se opusiere a lo que se pide».

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

2.- La procuradora doña Ana Vázquez Pastor, en nombre y representación de don Constancio, 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:

«1º.- Atribución de la guarda y custodia compartida del menor a ambos progenitores, por semanas alternas, realizándose los cambios de custodia los domingos a las 20,00 horas

»2º.- Atribución del uso y disfrute familiar a la actora, con atribución de las obligaciones inherentes al mismo.

Subsidiariamente al apartado primero, para el caso de que no se acordase la custodia compartida, se interesa.

»- Atribución de la custodia del menor al padre, D. Constancio.

»- Establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones entre la madre y el menor consistente en fines de semana alternos y periodos vacacionales por mitad. Establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de la madre por importe de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES (200,00.- €) que deberá ingresar en la cuenta que designe el padre, entre los días 1 y 15 de cada mes que se actualizara las vacaciones experimentadas por el IPC General Nacional en el año anterior».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia nº uno de Alcorcón, dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA de adopción de MEDIDAS PATERNO- FILIALES interpuesta por Sara, representada por la Procuradora Doña María José Pérez Martínez, contra Constancio, representado por la procuradora Doña Ana Vázquez Pastor, ACUERDO las siguientes medidas:

»a) La patria potestad de Victorio, hijo de Sara y Constancio, será compartida por ambos progenitores.

»b) La guarda y custodia de Victorio se concede a Sara.

»c) Respecto al régimen de visitas de Victorio, será el que voluntariamente acuerden las partes. A falta de acuerdo, Constancio podrá tener en su compañía a Victorio los fines de semana alternos, desde las horas del viernes hasta las 18'00 horas del domingo; la mitad de las vacaciones de Navidad y de Semana Santa y un mes en verano, siendo de elección de Constancio los años pares y de Sara los impares, debiendo recoger Constancio a Victorio del domicilio familiar y reintegrarlo al mismo.



- »d) El uso de la vivienda familiar, sita en DIRECCION000 , NUM000 , portal NUM001 - NUM002 , de Alcorcón (Madrid), se otorga a Sara .
- »e) Se establece una pensión de alimentos para Victorio de 250 euros mensuales. Esa cantidad debe abonarla Constancio a Sara por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, con efectos del día de la fecha. Y se actualizarán a partir del día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la presente resolución en la cuantía que experimente el I.P.C. publicado por el I.N.E., u organismo que lo sustituya.
- »f) Los gastos derivados de guardería, escuela infantil o centro escolar al que acuda el menor, serán satisfechos por Sara y Constancio por mitad.
- »g) Los gastos extraordinarios serán satisfechos en la forma que de acuerdo pacten Sara y Constancio y, en su defecto, por mitad.
- »No se hace especial pronunciamiento sobre las costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Constancio . La Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 28 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando en parte el recurso formulado por la representación procesal de don Constancio , contra la Sentencia dictada en fecha 3 de mayo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcorcón , contra doña Sara , en autos de a de custodia y pensión de alimentos del hijo menor Victorio , debemos revocar y las resolución recurrida, en su lugar se acuerda la siguiente medidas:

- » El régimen de estancias y de visitas del menor Victorio con su padre abarcará:
- » Los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar, al lunes a entrada del centro escolar.
- » A este fin de semana se le unirán los puentes o festivos del centro escolar que correspondan.
- » Si hubiera algún día festivo en la semana que no pueda unirse le corresponderá siempre, al padre desde la salida del colegio del día anterior a la entrada en el mismo al día posterior.
- » Un día de todas las semanas, a falta de otro acuerdo los miércoles, desde la salida del colegio a la entrada al día siguiente, pudiendo el padre, bajo su responsabilidad delegar en una tercera persona para las recogidas o entregas del menor al centro escolar.
- » El padre podrá comunicar con su hijo todos los días, por cualquier medio telefónico o telemático, a falta de acuerdo entre los padres, en la franja de horario de las 20,00 a las 21,00 h. durante 15 minutos de máximo. Igualmente la madre cuando esta con su padre el menor podrá comunicar con el menor en las mismas condiciones y horarios.
- » La mitad de las vacaciones escolares del menor de los meses de julio y agosto que se repartirá en quincenas, por la edad del menor, correspondiendo siempre al padre los días de las vacaciones escolares oficiales de la comunidad relativas a la edad escolar obligatoria, de los meses de junio y de septiembre; siendo elección del padre los periodos que esté con él en los años pares y de la madre en los impares, en los meses de julio y agosto, debiendo de recoger y entregar el padre al menor en el domicilio familiar.
- » Se mantienen las restantes medidas acordadas en la sentencia.
- » No procede hacer conde en costas».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Constancio , con apoyo en los siguientes: Motivo: Único.- Alega como precepto infringido el artículo 92 del Código Civil . Se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del **Tribunal Supremo** , sentencias de esta Sala de fecha 2 de julio de 2014,17 de diciembre de 2013, 12 de diciembre de 2013, 29 de abril de 2013 y 19 de julio de 2013, relativas a la guarda y custodia compartida.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 25 de marzo de 2015 , se acordó su admisión, dando traslado del mismo a la recurrida para que formulará su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Evacuado el traslado la parte recurrida se opuso al recurso y solicitó la suspensión de su tramitación por perjudicial penal y se acordó la suspensión.

SÉPTIMO.- Por auto 30 de junio de 2016 se alzó la suspensión.



OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de Octubre de 2016, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación el pronunciamiento de la sentencia que deja al cuidado de la madre al hijo menor habido de la relación con la parte ahora recurrente y niega a este la guarda y custodia compartida, como ya había hecho el juzgado. Tras detallar de forma pormenorizada la jurisprudencia de esta Sala sobre la custodia compartida, considera que en la actualidad no resulta lo más beneficioso para el niño, argumentando lo siguiente:

«Valorada toda la prueba obrante, en especial interrogatorios de las partes, documental y pericial psicosocial obrante a los folios 96 a 119 de las actuaciones, hay que destacar como ambos progenitores tienen y reúnen las condiciones necesarias para cubrir las necesidades de todo tipo del menor, y poseen, habilidades, medios y recursos, aptitudes y capacidad para hacerse cargo del de la custodia del menor; también como la madre ha puesto dificultades a las relaciones del menor con su padre; el traslado de la madre a Aranjuez, aunque facilita la cercanía al trabajo en la seguridad social en el Hospital de la misma localidad, de la madre, realizado después de la vista celebrada el 30 de abril de 2013, por las respuestas en su interrogatorio, y de conocer la prueba pericial, es evidente que supone un destino oficial con un concurso previo por lo que no se puede pensar que fuera sin más la respuesta al resultado de las actuaciones; también pone de manifiesto la pericial, que ha sido la madre quien ha cubierto las necesidades del menor en mayor medida desde su nacimiento; la valoración de los resultados de la evaluación personal de cada uno de los progenitores obrantes en el informe psicológico, la edad del menor; la distancia existente entre las dos localidades donde viven los progenitores; que ha estado tiempo sin ver a su padre, aunque de ello no puede culparse al padre sino a la madre, es evidente que hay una realidad en el entorno del menor más cercana a la madre, que en principio hay que respetar, por lo que se confirma la atribución de la custodia a la madre; sin perjuicio de que se puedan modificar las medidas de custodia y visitas en un futuro, valorando nuevamente la situación existente, sí es el padre quien puede atender mejor al menor por sus horarios laborales, y la madre sigue entorpeciendo la relaciones con el padre. Teniendo en cuenta las circunstancias se amplía el régimen de estancias y visitas del menor con su padre».

SEGUNDO.- Como fundamento del interés casacional se citan las sentencia de esta Sala de fechas 29 de abril , 19 de julio , 12 de diciembre y 17 de diciembre de 2013 , y 2 de julio de 2014 , relativas al régimen de guarda y custodia compartida.

Argumenta la parte recurrente que esta doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida, en concreto el principio de protección del menor, por cuanto el mero hecho de que hasta ahora haya venido ostentando la guarda y custodia la madre nada tiene que ver con dicho interés. Tal circunstancia no es causa para negar dicha modalidad de custodia cuando la propia resolución recurrida reconoce que ambos progenitores reúnen las condiciones, habilidades, medios y recursos para hacerse con la custodia del menor, máxime cuando esta Sala ha recordado que el mentado régimen de guarda y custodia no tiene carácter de medida excepcional.

El recurso se desestima.

La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dice la sentencia de 12 de septiembre de 2016 , está en función y se orienta en interés del menor; 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 , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de 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 (sentencias de 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015), siempre, y en cualquier caso, como establece la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 2015, recurso 309/2014 , teniendo en cuenta que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre». La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS 27 de abril 2012). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia».

En el caso, no se vulnera la doctrina de esta Sala relativa a la guarda y custodia compartida. No se cuestiona que con este sistema se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios



en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco se cuestiona la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres de guarda. Lo que no se comparte es que, frente a una situación, como la presente, se pueda optar en estos momentos por este régimen. En efecto, el niño ha permanecido hasta la fecha sin problemas con la madre y durante algunos meses no hubo contacto alguno con su padre, viviendo ambos progenitores en distintas y distantes localidades (Alcorcón-Aranjuez), sin que por quien la solicita se haya concretado la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no del hijo en un domicilio estable durante unos periodos determinados, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con él y régimen de relaciones con los abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala, de interés en este caso, con relación a la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales y el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor»; aspecto este último que se desconoce tras las últimas denuncias formuladas contra el padre y que han sido archivadas.

Como señaló la sentencia ahora recurrida, «Todo el contenido del recurso se centra en la controversia sobre la modalidad de custodia, que es más beneficiosa para el menor, sin perjuicio de que el recurrente, termina con una solicitud, referida a su contestación a la demanda, sin mayor concreción, y ello pese, insistimos al único debate que expone en su escrito, impugnando la custodia concedida a la madre, que él solicita compartida, y subsidiariamente al padre».

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC , en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley , las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación formulado por don Constanancio contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2014 por la Sección 22.º de la Audiencia Provincial de Madrid ; con expresa imposición de las costas al recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.