



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 96/2015, de 16 de febrero de 2015

Sala de lo Civil

Rec. n.º 890/2014

SUMARIO:

Divorcio. Custodia compartida de hijo menor. Protección del interés del menor. Relaciones entre progenitores. La guarda y custodia compartida 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, los deseos manifestados por los menores, 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. No se trata de una medida excepcional, sino que 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. Se prima el interés del menor y este interés exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar. En el presente caso la relación entre los padres no es de tal enfrentamiento como para desaconsejar la medida instada por el progenitor. 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 entre los dos litigantes.

PRECEPTOS:

Código civil, art. 92.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del menor), art. 9.

PONENTE:

Don Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Magistrados:

Don ANTONIO SALAS CARCELLER

Don EDUARDO BAENA RUIZ

Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

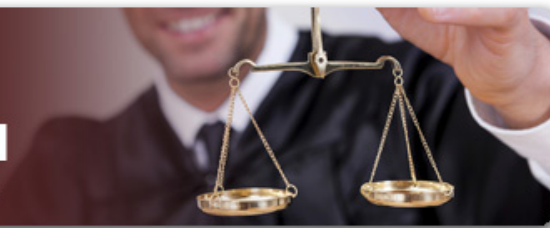
Don FRANCISCO MARIN CASTAN

Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Don XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

SENTENCIA

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



Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia del recurso de apelación núm. 3900/2013, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dimana de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 795/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Sevilla, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la procuradora doña Mercedes Muñoz Martínez, en nombre y representación de don Camilo, compareciendo en esta alzada, en su nombre y representación, el procurador don Juan Ignacio Valverde Cánovas en calidad de recurrente y la procuradora doña Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de doña Justa en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

1.- El procurador don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de doña Justa, interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Camilo 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, decrete el divorcio judicial del matrimonio formado, D.^a Justa y D. Camilo acordándose la adopción de las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

a).- Disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges, con cese de la presunción de convivencia y revocación de todos los poderes y consentimientos existentes entre los mismos.

b).- Asignación a la madre de la guarda y custodia del hijo menor, Gabriel, quedando la patria potestad compartida entre ambos, requiriendo la concurrencia en la voluntad de ambos para cuantas decisiones revistan gravedad o trascendencia, en especial, aquellas relacionadas con su formación, salud o educación.

c).- Atendiendo al interés prioritario del hijo en común, Gabriel, y sin perjuicio de lo que pudieran acordar ambas partes, se acuerda se establezca en favor del esposo el siguiente régimen de visitas:

- Semanal: El padre tendrá consigo al hijo un fin de semana de cada dos, de viernes tarde a la salida del colegio hasta el domingo a las 20,00 horas en periodo escolar y a las 21,00 horas en periodo vacacional.

- Intersemanal: El padre tendrá consigo al hijo los martes desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas durante el periodo escolar y a las 21,00 horas en periodo de vacaciones, debiendo reintegrar al menor en el domicilio materno.

- Períodos de vacaciones:

Navidades : se establecen dos periodos: 1º) desde el día 23 de diciembre hasta el 30 de Diciembre, ambos inclusive. 2º) del 30 de Diciembre al 6 de enero, ambos inclusive. El horario será desde las 17,00 horas del primer día hasta las 20,00 horas del último día.

El hijo pasará la mitad de sus vacaciones con el padre y la mitad con la madre, fijándose los años pares, la primera mitad con el padre y la segunda mitad con la madre. Los años impares se invertirá el orden.

Semana Santa : se establecen dos periodos.- 1º) Desde el Viernes de Dolores a Martes Santo. 2º) Desde Miércoles Santo a Domingo de Resurrección. El horario será desde las 17,00 horas del primer día hasta las 20,00 horas del último día.



www.civil-mercantil.com

El hijo pasará la mitad de sus vacaciones con el padre y la mitad con la madre, fijándose los años pares, la primera mitad con el padre y la segunda mitad con la madre. Los años impares se invertirá el orden.

Verano : se establecen cuatro períodos: 1º).- Desde el día siguiente a la finalización del curso escolar al 30 de junio. 2º).- Desde el día 1 de julio al 15 de julio y 1 de agosto al 15 de agosto. 3º).- Desde el 15 al 31 de Julio y del 15 al 31 de agosto. 4º).- Desde el día 1 de septiembre al día inmediatamente anterior al inicio del curso escolar. El horario de recogida será desde las 17,00 horas del día siguiente a las vacaciones escolares hasta las 20,00 horas del día anterior al inicio del periodo escolar.

El hijo pasará la mitad de sus vacaciones escolares con el padre y la mitad con la madre, fijándose los años pares, el 1 y 3º periodo con el padre y el 2º y 4º con la madre. Los años impares se invertirá el orden.

Durante los períodos de vacaciones, se suspenderán las visitas semanales, puentes y festivos.

Los Puentes escolares y días festivos: se disfrutarán de forma alterna, cada progenitor tendrá prioridad de elección un año, correspondiendo elegir al padre los años pares y a la madre los impares.

Se considerarán puentes escolares aquellos días anteriores o consecutivos al fin de semana que el menor no tenga guardería o clases escolares, es decir viernes o lunes. Serán Días Festivos aquellos no laborales y no lectivos entre semana, que no sean viernes ni lunes.

Independientemente de la determinación de los periodos vacacionales establecidos por las partes, en caso de no coincidir los periodos, estos serán repartidos por partes iguales entre los progenitores para su estancia con el menor. Si el periodo resultase impar, se entenderá que el periodo se subdivide en dos idénticos, siendo el día impar el que separe los dos periodos de forma que si el primer periodo el menor ha permanecido con un progenitor, desde las 17 horas de dicho día impar y divisorio estará con el otro progenitor.

Si por alguna razón el padre no pudiera recoger al menor a la hora y día indicados en el sistema de visitas que antecede, deberá indicarlo a la madre con antelación, y en caso de no avisarla, perderá el derecho de visitas del día referido.

El progenitor que se encuentre con el hijo permitirá y facilitará en todo momento la comunicación telefónica con el otro, siempre que ésta no se produzca de forma caprichosa, injustificada o fuera de las horas normales para ello, informando previamente del número de teléfono donde puede localizar al menor.

Cualquiera de los padres que traslade al menor de un lugar conocido a otro desconocido, lo comunicará al otro y le dará también el nuevo teléfono, si lo hubiere.

d).- Atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar, sita en CALLE000 , NUM000 - NUM001 , a la demandante y su hijo Gabriel .

e).- Se establezca la cantidad de 650.-?, en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo en común Gabriel , que ingresará el demandado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la esposa designe a tal efecto.

Dicha cantidad será revalorizada cada año en función del IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% por ambos progenitores, entendiendo por tales, los que tengan carácter excepcional, imprevisibles y estrictamente necesarios, debiendo siempre ser consensuados de forma expresa y escrita antes de realizarse el desembolso. Se entenderá prestada su conformidad, si requerido un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir, que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir el plazo de diez días hábiles sin hacer manifestación alguna. En el requerimiento que se realice el progenitor que pretenda hacer el gasto, deberá detallar el gasto



concreto que precise el hijo, y adjuntar presupuesto en el que figure el nombre del profesional que lo expida.

En caso de discrepancias, el gasto extraordinario deberá ser autorizado por el Juzgado, conforme al art. 156 del Código Civil, salvo razones objetivas de urgencia.

Se entiende por gastos extraordinarios de educación las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico y por gastos extraordinarios médicos los odontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia); logopeda; psicólogo; prótesis; fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación) con prescripción facultativa; óptica; gastos de farmacia, no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que pudieran tener las partes.

Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, educación (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), ocio, excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor. Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, baile, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones, tales como la Primera Comunión, así como los gastos de colegio privado, los cuales deben ser consensuados de forma expresa y escrita para poder compartir el gasto, y a falta de acuerdo serán sufragados, por quien haya tomado la decisión de forma unilateral, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para compartir el gasto, al no revestir carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de la acción del artículo 156 del Código Civil, si la discrepancia estriba en si deben o no los menores realizar la actividad.

f).- Se establezca el abono mensual por mitad, de los préstamos hipotecarios reseñados, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

g).- Disolución del régimen económico-matrimonial.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada si no consiente la pretensión actora que ha forzado».

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicando al juzgado se dicte sentencia «conforme a los hechos que resulten probados».

3.- La procuradora doña Inmaculada del Nido Mateo, en nombre y representación de don Camilo, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado una sentencia «decretándose el divorcio pero sin la adopción de las medidas definitivas y provisionales propuestas a las que esta parte se opone desde ahora, por ser de justicia que pido».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Sevilla se dictó sentencia, con fecha 27 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Justa contra D. Camilo, debo acordar y acuerdo:

La disolución por divorcio del matrimonio celebrado en Sevilla, el día 07-05-04, entre D. Camilo y Dña. Justa, que se comunicará de oficio al Registro Civil en que conste el matrimonio de los litigantes una vez alcance firmeza la presente resolución, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y acordando como definitivas las medidas que expresamente se fijan a continuación:

1).- Que el menor hijo del matrimonio, Gabriel, quede bajo la guarda y custodia de la madre, siendo compartida la patria potestad con el otro progenitor.



2).- En cuanto al derecho de visitas del padre, se reputa aconsejable un régimen libre, amplio y flexible y en defecto de acuerdo el siguiente:

- Miércoles desde la salida del colegio, donde lo recogerá el padre hasta el jueves a la entrada al colegio.

- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, donde el padre lo recogerá, hasta el lunes a la entrada al colegio. Los puentes acrecerán al fin de semana más próximo.

De no ser lectivos tales días, se efectuará la recogida y entrega del menor en el domicilio cuyo uso le ha sido atribuido, salvo mejor criterio de los progenitores.

- Podrá el padre tener en su compañía al menor la mitad de los períodos de vacaciones escolares de Semana Santa, Feria de Abril, Verano y Navidad, correspondiendo, salvo acuerdo en contra de los padres, la primera mitad al padre en los años pares y a la madre en los impares efectuándose la recogida y entrega del menor en el colegio o, de no ser posible, en el domicilio cuyo uso les ha sido atribuido, salvo mejor acuerdo de los progenitores.

A estos efectos, se considera que el primer período de vacaciones de Navidad, comprende desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día 31 de Diciembre a las 12 horas, y el segundo período desde el 31 de Diciembre a las 12 horas hasta el primer día lectivo, a la entrada al colegio.

En vacaciones de Semana Santa, el primer período comprende desde el Viernes de Dolores, a la salida del colegio hasta el miércoles siguiente a las 12 horas; y el segundo periodo desde ese miércoles, anterior al Jueves Santo, desde las 12 horas, hasta el lunes de Gloria a la entrada al colegio.

Feria de Abril desde el último día de colegio, a la salida hasta el viernes a las 12 horas y desde el viernes a las 12 horas hasta el lunes a la entrada al colegio.

En vacaciones de verano, comprenderá el primer período desde el último día lectivo hasta el último día de junio a las 12 horas y las segundas quincenas de julio y agosto, y el segundo las primeras quincenas de julio y agosto y desde el primer día de septiembre a las 12 horas hasta el primer día lectivo, efectuándose la entrega y recogida a las 12 horas..

El régimen establecido queda supeditado a las necesidades escolares del hijo, enfermedades o circunstancias especiales en cuyo caso los padres, de común acuerdo, decidirán lo que sea más beneficioso para el.

El régimen de visitas establecido sólo regirá en defecto de acuerdo entre los progenitores.

El progenitor en cuya compañía no se encuentre el menor en los períodos vacacionales tendrá derecho a conocer el lugar de residencia de este y un teléfono donde poder comunicar con el, así como a tener puntual información sobre cualquier problema que pueda afectar a su estado de salud o de cualquier otra índole, cuya resolución, en todo caso, deberá ser decidida por ambos progenitores.

3).- En concepto de pensión alimenticia que debe satisfacer el padre, Sr. Camilo a favor del hijo, se fija la cantidad de 500.-? al mes, con sus correspondientes actualizaciones anuales a partir del día 01-01-2014, conforme al IPC, que publique el INE u organismo que lo sustituya.

En cuanto a su forma de pago, se acuerda lo siguiente: la obligación del padre -en tanto el hijo no esté emancipado económicamente- de ingresar en la cuenta bancaria que se designe al efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Los gastos extraordinarios que genere el hijo, entendiendo por tales los que tengan carácter excepcional, imprevisible, necesario y adecuado a la capacidad económica de ambos progenitores, serán sufragados por ambos por mitad, siempre que medie previa consulta del



progenitor custodio al no custodio sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos -de forma expresa y escrita antes de hacerse el desembolso- o en su defecto, autorización judicial, mediante la acción del artículo 156 del Código Civil . Son gastos extraordinarios de carácter médico los odontológicos y tratamientos bucodentales incluida la ortodoncia, prótesis, logopeda, psicólogo, fisioterapia o rehabilitación (incluida natación) con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, tratamientos de homeopatía y, en general, cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de salud de la Seguridad Social, o por el seguro médico privado que puedan tener concertado los progenitores. Son gastos extraordinarios de carácter educativo las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico. En relación con los gastos extraordinarios, y en atención a su peculiar naturaleza, se entenderá prestada la conformidad si, requerido a tal efecto un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir, que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir un plazo de diez días hábiles sin hacer manifestación alguna. En el requerimiento que realice el progenitor que pretende hacer el desembolso, se deberá detallar cuál es el gasto concreto que precise el hijo, y se adjuntará presupuesto donde figure el nombre del profesional que lo expide. Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia destinada a cubrir necesidades comunes, los de vestido, ocio, educación, incluidos los universitarios en centro públicos (recibos expedidos por el centro educativo, seguros escolares, AMPA, matrícula, aula matinal, transporte y comedor en su caso, material docente no subvencionado, excursiones escolares, uniformes, libros). Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, música, baile, informática, idiomas, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, fiestas de cumpleaños u onomásticas y otras celebraciones necesarias de los hijos, así como los gastos de colegio/universidad privados, máster o curso de postgrado, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares, que deben ser en todo caso consensuados de forma expresa y escrita para que pueda compartirse el gasto y a falta de acuerdo, serán sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, y sin perjuicio de que pueda ejercitarse con carácter previo la acción del artículo 156 del Código Civil , si la discrepancia estriba en si debe o no el menor realizar la actividad.

En cualquier caso, los anteriores listados no tienen carácter exhaustivo.

4).- Se atribuye el uso del domicilio familiar sito en Sevilla, en CALLE000 , nº NUM000 - NUM001 , al hijo menor y al progenitor bajo cuya custodia quede, en este caso la madre, Sra. Justa , así como el ajuar doméstico, incluido el mobiliario completo. Pudiendo retirar el Sr. Camilo del mismo y previo inventario, sus bienes y objetos de uso personal, de no haberlo efectuado ya; ambas partes deberán hacer frente a los gastos de la vivienda derivados de la titularidad -hipoteca, IBI y cuotas extraordinarias de CCPP- por mitad y la Sra. Justa de los derivados de la atribución del uso.

Todo ello sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas del procedimiento.

Segundo.

Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de ambas partes actora y demandado, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 30 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS. Que, desestimando tanto el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.^a Eva María Mora Rodríguez, en nombre y representación de D. Camilo , como el articulado por el Procurador D. Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de D.^a Justa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta



ciudad, en fecha 27 de Diciembre de 2012 , debemos confirmar dicha resolución, con la aclaración de que los puentes serán los de naturaleza escolar, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de segundo grado.

Tercero.

1.- Por la representación procesal de don Camilo se interpuso recurso de casación en base al siguiente:

Motivo único.- Por interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTs de 28 de septiembre de 2009 , 8 octubre de 2009 , 7 julio de 2011 , 21 de julio de 2011 , 22 de julio de 2011 , 27 de septiembre de 2011 , 9 de marzo de 2012 y 29 de abril de 2013).

Esta línea jurisprudencial del Alto Tribunal viene reaccionando, así, frente a aquellas sentencias de instancia que no tienen en cuenta más que de forma retórica, aparente, el interés del menor; esa invocación superficial no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por uno de los progenitores.

Y recurso extraordinario por infracción procesal en base al siguiente motivo:

Único.

Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración de la misma en su vertiente de garantía de indemnidad.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 1 de julio de 2014 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de doña Justa , presentó escrito de oposición a los mismos mientras que el Ministerio Fiscal solicitaba la estimación del mismo al entender que no puede denegarse la custodia compartida solo en base a la mala relación de los cónyuges.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de febrero del 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Ante el Juzgado de Primera Instancia se presentó por la Sra. Justa demanda de divorcio en la que solicitaba la custodia del hijo menor, nacido el NUM002 de 2008.

Por el Sr. Camilo se contestó a la demanda solicitando la custodia compartida.



www.civil-mercantil.com

En la sentencia se atribuía la custodia a la madre y se aconsejaba un régimen de visitas a favor del padre, libre, amplio y flexible, y, en defecto de acuerdo, fijaba los fines de semana alternos y el miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada el jueves.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se desestimó el recurso de apelación del Sr. Camilo, declarando en el FDD tercero:

"En el supuesto de autos, se detecta en la valoración de las pruebas practicadas un importante nivel de tensión -la condena de la Sra. Justa por falta de coacciones es indicativa de ello-, superior al habitual en casos de crisis matrimoniales, y motivado en buena medida por desencuentros y discrepancias serias en torno al colegio en el que el menor deba estar escolarizado; el grado de conflictividad es contrario al clima de diálogo sosegado entre los progenitores, a la comunicación fluida, y al entendimiento entre los mismos, y permite inferir que la custodia compartida no sea la solución sino un semillero de problemas que intensifique la judicialización de la vida de los litigantes e incida negativamente en la estabilidad del menor. En consecuencia, no puede alcanzarse la conclusión de que la custodia compartida sea la forma de protección más adecuada del interés del hijo menor, de su bienestar, estabilidad y equilibrio emocional, lo que lleva a la desestimación de la petición principal del recurso articulado por el Sr. Camilo".

El Ministerio Fiscal, ante esta Sala, solicitó la estimación del recurso, para que se fijase el sistema de custodia compartida.

Segundo.

Esta Sala analizará en primer lugar el recurso de casación, pues de ser estimado, sería innecesario entrar en el estudio del recurso extraordinario por infracción procesal.

RECURSO DE CASACIÓN

Tercero.

Motivo único. Por interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTs de 28 de septiembre de 2009, 8 octubre de 2009, 7 julio de 2011, 21 de julio de 2011, 22 de julio de 2011, 27 de septiembre de 2011, 9 de marzo de 2012 y 29 de abril de 2013).

Esta línea jurisprudencial del Alto Tribunal viene reaccionando, así, frente a aquellas sentencias de instancia que no tienen en cuenta más que de forma retórica, aparente, el interés del menor; esa invocación superficial no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por uno de los progenitores.

Se estima el motivo .

Se alega por la parte recurrida la inadmisibilidad, por no infringir la doctrina casacional, cuando como veremos posteriormente ello es incierto, por lo que ha de rechazarse dicho óbice procesal.



www.civil-mercantil.com

El recurrente alega que, en la resolución recurrida, no se protege debidamente el interés del menor. Que no debe considerarse como excepcional, sino como normal, el sistema de custodia compartida. Que ambos progenitores son profesores universitarios, con igual disponibilidad e ingresos y horario, sin que conste más tensión procesal que la derivada de la protección de los intereses legítimos del padre.

Cuarto.

De lo declarado acreditado en autos, se observa que la tensión, que en la resolución recurrida provoca el rechazo del sistema de custodia compartida se basa en:

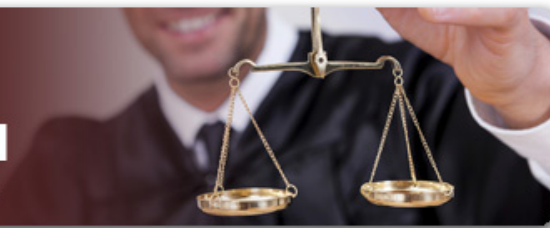
1. La condena por coacciones de la Sra. Justa , a denuncia del Sr. Camilo , por cambiar aquella la cerradura de la vivienda familiar.
2. Por las discrepancias manifestadas por el esposo en torno al mantenimiento o no del menor en un colegio privado no concertado, con la repercusión económica que ello produciría.

Quinto.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

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).

**Sexto.**

Puesta en relación la doctrina mencionada con los razonamientos de la resolución recurrida se debe concluir que no se ha respetado la doctrina casacional, por lo que procede la estimación del motivo de recurso de casación, dado que las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo.

En primer lugar, la condena por coacciones de la Sra. Justa, no supone demérito alguno para el Sr. Camilo. En segundo lugar, las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable.

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 dos profesionales, como los ahora litigantes.

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.

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.

Séptimo.

- 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 periodos 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.

Feria de abril, desde el último día de colegio, a la salida hasta el viernes a las 12 horas y desde el viernes a las 12 horas hasta el lunes a la entrada del colegio, 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%, dada la igualdad de profesión y retribución, declarada en la sentencia recurrida.



www.civil-mercantil.com

En cuanto al uso de la vivienda, el padre solicitó la alternancia en el uso de la misma, lo que no ha sido objeto de debate ni aceptación, por tanto, por la madre.

Esta Sala no puede entrar en el estudio de esta cuestión, al carecer de la propuesta de un plan contradictorio en el que se defina por la parte que lo propone un desarrollo exhaustivo de los pormenores en que va a consistir la custodia compartida, sin perjuicio de que las partes lo planteen por el cauce procesal oportuno, siendo deseable un acuerdo entre los litigantes.

Octavo.

Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre el menor Gabriel .

Noveno.

Estimado parcialmente el recurso de casación, no procede expresa imposición de costas.

No siendo necesario el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, no procede pronunciamiento sobre las costas derivadas del mismo (art. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Camilo , representado por el Procurador D. Juan Ignacio Valverde Cánovas contra sentencia de 30 de diciembre de 2013 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla .

2. CASAR la sentencia recurrida en el sentido de acordar la custodia compartida.

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 periodos 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.

Feria de abril, desde el último día de colegio, a la salida hasta el viernes a las 12 horas y desde el viernes a las 12 horas hasta el lunes a la entrada del colegio, 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%, dada la igualdad de profesión y retribución, declarada en la sentencia recurrida.

4. En cuanto a la vivienda familiar, deberán instar a través del cauce procesal oportuno.

5. Se acuerda la devolución de los depósitos para recurrir.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

6. No procede expresa imposición en las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

7. Se mantiene la no imposición de costas en las instancias.

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 Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, 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 Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.