

Roj: STS 1291/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1291  
Id Cendoj: 28079110012016100182  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1159/2015  
Nº de Resolución: 194/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 125/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Víctor , representado ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Pedro Moreno Rodríguez; siendo parte recurrida doña Eva , representada por el procurador de los Tribunales don Eulogio Paniagua García. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de don Víctor , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Eva y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde:

«se modifique las medidas dictadas en el sentido que se establezcan las que figuran en el apartado de efectos que se solicitan, y todo ello desde la fecha de interposición de esta demanda».

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.- El procurador don Eulogio Paniagua García, en nombre y representación de doña Eva , 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 desestime íntegramente la demanda de modificación presentada por don Víctor , declarando no haber lugar al cambio de custodia que se solicita de contrario, y se mantengan íntegramente todos los pronunciamientos acordados en la sentencia de divorcio de 2 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid , y en concreto la guarda y custodia del menor, que debe seguir siendo ejercida por la Sra. Eva , abonando asimismo el Sr. Víctor la pensión de alimentos fijada en la sentencia de divorcio, manteniéndose igualmente el régimen de visitas acordado en la anterior resolución y todo ello con la condena en costas de la parte demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid, dictó sentencia con fecha dos de diciembre de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Estimar en parte la demanda interpuesta por D. Víctor , representado por el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez, contra Dª Eva , representada por el Procurador D. Eulogio Paniagua García y modificar la sentencia de 2 de Marzo de 2.010 del procedimiento de divorcio contencioso n.º 932/09 en el sentido de que el menor, a falta de acuerdo, permanecerá en compañía del padre los fines de semana alternos desde el

jueves a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana en que lo llevará a dicho centro escolar, pudiendo permanecer igualmente dos tardes intersemanales durante la semana en que no le corresponda estar al menor con el padre el fin de semana, siendo dichos días, a falta de acuerdo, además del miércoles, el jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas en que el padre deberá reintegrarlo al domicilio en que resida con la madre, manteniendo el resto de las medidas acordadas en la referida sentencia y debiendo abonar cada parte las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad ».

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Víctor . La Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de Don Víctor , y desestimando la impugnación efectuada por el procurador Don Eulogio Paniagua García en nombre y representación de Doña Eva , contra la sentencia dictada en fecha 2 de diciembre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de los de Madrid , en autos de Modificación de medidas nº 125/12, seguidos entre las citadas partes, debemos confirmar y confirmarnos la resolución apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso y de la impugnación.

Y en cuanto a los depósitos consignados en su momento procesal por ambas partes, conforme a la Ley 1109 de 30 de noviembre, disposición Adicional 1 5 punto 8, déseles el destino legal».

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso por infracción procesal la representación de don Víctor con apoyo en los siguientes Motivos:Primero.- Al amparo del art 469.1.2.LEC , en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta y artículo 477.2.3, por vulneración del deber de motivación de la sentencia recogido en el art. 218.2. LEC .

El recurso de casación :

«B.- Se formula al amparo de lo establecido en art. 477.2.30 de la LEC de 2000 , en relación al 477.3, por oponerse a la doctrina jurisprudencial relativa al 92.5.6.7 y 8 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, habiéndose infringido tal jurisprudencia, y por tanto el artículo mismo, aplicando incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados; y ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta Sala contenida muy especialmente, por la amplitud del régimen de estancias concedido al padre, en las sentencias 4084/2014 (ROJ), número de resolución 576/2014, de 22 de octubre de 2014; STS 596612013 (Roj), número de resolución 762/2012, de 17 de diciembre de 2013 y 2581/2015. de 16/02/2015, así como en las sentencias 2246/2013, de 29 de abril de 2013 ; 6904/2011, 2 de noviembre de 2001 , de 28 septiembre 2009 , 10 marzo , 11 marzo y 8 octubre 2010 y 10 de enero de 2012 y 19 de julio de 2011 , en cuanto a los requisitos necesarios para acordar la custodia compartida.

B.2.- RECURSO DE CASACIÓN se formula al amparo de lo establecido en art 477.2.30 de la LEC de 2000 , en relación al 477.3, para que se fije doctrina jurisprudencial relativa al 92.5.6.7 y 8 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 1512005, de 8 de julio, en el sentido de declarar que requisitos añadidos se necesitan para que un régimen de custodia exclusiva con un reparto del tiempo prácticamente igualitario, o de prácticamente el 50 %, entre los progenitores, pueda ser conceptualizado custodia compartida. Y ello en tanto en cuanto un régimen amplio es tan necesario llegar a acuerdos como en la custodia compartida, no obstante lo cual el hecho de no estar los progenitores en igualdad de condiciones pues uno es custodio y el otro no lo favorece ( STS 578/2013 (ROJ), número de resolución 75812013, de 25 de noviembre de 2013, Fundamento de Derecho Cuarto: «d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollo con eficiencia»).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 11 de noviembre de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Eulogio Paniagua García, en nombre y representación de doña Eva , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se estimen los motivos de casación.

3.- Habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para el día 8 de Marzo de 2016, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de casación se formula exclusivamente contra el pronunciamiento de la sentencia que niega a don Víctor la guarda y custodia compartida con su esposa de su hijo Millán, nacido el NUM000 de 2008, modificando la sentencia de divorcio de fecha 2 de marzo de 2010, de mutuo acuerdo, en la que se estableció la guarda y custodia en favor de la madre y un régimen de visitas en favor del padre, que la sentencia recurrida amplía.

Consta acreditado, dice la sentencia, "que el recurrente, en razón de su profesión, guardia civil, tiene horario solamente de mañana, hasta las 15 horas, y en estas circunstancias la sentencia se ha hecho eco de la actual situación para propiciar la convivencia del padre con el menor desde el jueves hasta el lunes, en semanas alternas, así como dos tardes entre semana, en aquella semana que aquél no tenga atribuido el periodo antes indicado, de jueves a lunes, y, además, se establece también, además de la tarde del miércoles, la tarde del jueves".

En estas circunstancias, añade, "carece de fundamento la formal pretensión relativa a la guarda y custodia compartida que plantea el padre, y, por ende, no hay motivos para denegar ahora a aquel este sistema de convivencia ahora fijado en la sentencia apelada, y por cuanto que se ha acreditado que las concretas circunstancias laborales y materiales que concurren en el recurrente permiten afrontar las obligaciones que se derivan de dicha convivencia de aquel con el menor, todo lo cual determina la desestimación del recurso y de la impugnación".

El recurso se formula junto con el de infracción procesal porque se le niega el sistema de guarda sin motivación jurídica alguna ni de la razón por la que la sentencia se separa radicalmente de los criterios fijados por esta Sala respecto de la guarda y custodia compartida, con evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

### **Recurso por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** El motivo se desestima.

La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión ( SSTS 14 abril 1999 ; 25 de mayo 2012 ).

En este sentido, conviene recordar que el Tribunal Constitucional "ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE ), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo" ( SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo ). Esta exigencia constitucional de motivación, como hemos recordado en otras ocasiones ( Sentencias 297/2012, de 30 de abril, 523/2012, de 26 de julio y 491/2013 de 23 de julio de 2013 ), en el marco de la doctrina expuesta, "no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que sea escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución".

Sentado lo anterior, que puede resumirse en que basta para cumplir con el presupuesto de motivación con que se exterioricen las razones de la decisión y los razonamientos sobre los que se asienta el fallo de la sentencia ( STS 2 de marzo 2016 ), debe señalarse que, en el presente caso, en el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, bajo la denuncia por falta de motivación, lo que realmente se impugna son las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida sobre la guarda y custodia compartida. Es más, bastaría con analizar el recurso de casación para, sin alteración de los hechos, justificar una repuesta distinta sobre dicho sistema. La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte

de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. El recurso de casación tiene como función la de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico ( art. 1.6 CC ).

### **Recurso de casación.**

**TERCERO.-** En dos motivos denuncia la infracción del artículo 92.5, 6,7 y 8 por oponerse a la doctrina jurisprudencial que establece que probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender al menor y resulta beneficioso para el mismo, como acredita el amplio régimen de visitas acordado, sin embargo se deniega el régimen solicitado. La sentencia, señala, aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta Sala 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 mismo.

Y así es, en efecto. Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta), a partir de una doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda ( SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio , 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio , 578/2011, de 21 julio , 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre ). 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 , citada en la STS 370/2013 ). 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.

No es el caso. La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario. Al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia.

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 ).

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, físicas 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" ( STS 19 de febrero de 2016 ).

**CUARTO** .- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace expresa imposición en las costas de la casación, procediéndose a la devolución del depósito de este recurso ( arts. 394 y 398 LEC ).

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

## FALLAMOS

**1º** .- Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Víctor contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22-, de 24 de febrero 2015 .

**2º**.- Se casa y anula la sentencia recurrida y se acuerda la guarda y custodia compartida del menor Millán .

**3º**.- La forma de ejercicio de la guarda y custodia será determinada en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases siguientes:

**a)** El reparto del tiempo se hará, en principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores, procurando que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.

**b)** Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse, en su caso, la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

**c)** Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

**4º**.- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se efectúa expresa imposición en las costas de la casación, procediéndose a la devolución del depósito de este recurso.

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.Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.