

Roj: STS 1638/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1638

Id Cendoj: 28079110012016100238

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1473/2015

Nº de Resolución: 251/2016

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 676/2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio sobre familia para modificación de medidas definitivas, registrado con el núm. 630/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de El Ejido; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Rodolfo, representado por el procurador D. José Román Bonilla Ruiz, bajo la dirección letrada de D. José Luis Sariago Morillo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. María Asunción Sánchez González en calidad de recurrente y no constando personada la parte contraria en el pleito y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador D. José Román Bonilla Rubio, en nombre y representación de D. Rodolfo, y bajo la dirección letrada de MC Rodríguez Ordoño, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas definitivas contra Dña. Emma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se tenga por promovida solicitud de modificación de medidas definitivas, y tras los trámites legales oportunos, dicte Auto por el que se acuerde modificar las siguientes medidas:

- 1.- Se otorgue la guardia y **custodia** de la menor al padre.
- 2.- Uso de la vivienda que constituye el domicilio conyugal al padre y la menor.
- 3.- Se establezca a favor de la madre el régimen de visitas que hasta el día de hoy ha venido disfrutando el padre.
- 4.- Se imponga a la madre la obligación de contribuir a los alimentos de la menor en la misma cantidad que hasta ahora ha venido haciéndolo el padre en cumplimiento de lo dispuesto en sentencia de divorcio.

Subsidiariamente, y para el caso de que no fuese estimada la anterior pretensión se adopten las siguientes medidas..

1.º - Establecer una corresponsabilidad parental conjunta y/o **custodia compartida** a favor de la menor, para que sea cuidada de forma equilibrada en tiempos y espacios por ambos progenitores. La patria potestad la ostentaran ambos igualmente.

2.º - La atribución del uso de la vivienda sita en C/ DIRECCION000, NUM000, NUM001 a la menor y a su propietario, D. Rodolfo, así como la vivienda sita en PLAZA000, NUM002, NUM003, también a la menor y a su legítima propietaria Dña. Emma o cualquier otra que estime conveniente siempre que esté relativamente cercana y comunique la dirección al progenitor, estableciéndose por tanto dos viviendas familiares.

3.º- En defecto de acuerdo entre los progenitores que se establezca el siguiente reparto de tiempos, en los que la hija estará con cada progenitor:

c) La menor estará con su madre desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada al centro escolar. La semana siguiente con el padre. Entre semana, para que la pequeña Emma tenga un contacto adecuado con ambos progenitores, el que no tenga consigo a la menor, la tendrá en su compañía y cuidado los miércoles desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente a la entrada.

d) Los puentes escolares o días no lectivos dentro del curso académico tendrán el mismo tratamiento que los lectivos, pero al no producirse el cambio a través del centro, se sustituirá: a la salida del colegio por a las 15.30 horas y: a la entrada del colegio por a las 12.00 horas, produciéndose el intercambio en el domicilio en el que esté la menor.

4.º- Las vacaciones se distribuirán por mitad, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares, de la siguiente forma:

f) Las vacaciones de Semana Santa serán los días que estipule el calendario escolar de la Junta de Andalucía como inicio y fin de vacaciones, excluyéndose los días no lectivos. El intercambio se hará en el domicilio familiar donde se encuentre la menor el Jueves Santo a las 12.00 horas.

g) Las vacaciones de verano serán los días que estipule el calendario escolar de la Junta de Andalucía como inicio y fin de vacaciones, excluyéndose como vacaciones los días no lectivos que tendrán la misma consideración que los lectivos, comenzando el último día de clase una vez que acaben la jornada y terminando a la entrada en el colegio al comienzo del nuevo curso. El intercambio se hará en el domicilio donde se encuentre la menor el día 31 de julio a las 20.00 horas.

h) Las vacaciones de Navidad, serán igualmente las estipuladas por el calendario escolar como vacaciones excluyendo los no lectivos y se procederá igual que en el punto a), realizando el intercambio en la mañana del día 30 de diciembre a las 12.00 horas.

i) Los días no lectivos tendrán la misma consideración que los lectivos, sustituyendo en su caso la recogida del colegio por la recogida en el domicilio donde esté la menor a las 15.30 horas, y la entrada del colegio, en este caso para las entregas, a las 12.00 horas.

j) La semana inmediata posterior al período vacacional corresponderá al progenitor que haya disfrutado el primer turno.

5.º- Cada progenitor se hará cargo de los gastos de sus respectivos hogares y del mantenimiento de la hija cuando le corresponda tenerla consigo.

6.º- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% siempre que hayan sido acordados o consensuados entre las partes, si no lo hubiera, se abonarán en su totalidad por el que hubiere ordenado el gasto. Serán gastos extraordinarios los de sanidad no cubiertos por el sistema público, y los extraescolares o actividades no obligatorias.

7.º- Solicitamos que en la cuenta mancomunada que actualmente existe en la entidad Cajamar CC NUM004 , cuyos titulares son los progenitores se habilite y use para establecer los ingresos que de mutuo acuerdo procedan en relación con los gastos extraordinarios de la menor.

8.º- Dada la escasa educación de padres y madres en España sobre lo que entraña el ejercicio de patria potestad y **custodia compartida**, y en virtud de las recomendaciones del TEDH de Estrasburgo en distintas sentencias, así como por directrices de la Dirección General de la Justicia, Igualdad y Seguridad de la Comisión Europea, se solicita que por S.Sª, se establezcan en sentencia los siguientes derechos y obligaciones de ambos progenitores cuando no se encuentre la menor con uno de ellos bajo su cuidado, ya que con esta relación de derechos y obligaciones se evitan ejecuciones de sentencias posteriores y denuncias por incumplimientos posteriores y peticiones de ejercicio de patria potestad del artículo 156 del Código Civil :

j) Se establece el derecho de enviar cartas por correo, e-mail, vía teléfono móvil así como a todo tipo de comunicaciones telemáticas con la menor, que el otro progenitor no podrá abrir o censurar, siempre que por su volumen o frecuencia no interfieran en sus actividades diarias.

k) Se establece el derecho de ambos progenitores a decidir sobre los profesionales médicos, tratamientos o intervenciones relacionadas con la salud y el bienestar de la menor. En caso de desacuerdo ambas partes se someterían a un proceso de mediación familiar dependiente de instituciones públicas.

l) Se establece el derecho a recibir aviso y la información pertinente en cuanto sea factible, pero dentro de las dos horas siguientes, de cualquier evento médico u hospitalización por enfermedad de la hija menor.

m) Se establece el derecho a recibir copias de los informes médicos, psicológicos, etc., de la menor, así como las prescripciones médicas, citas y de la identificación del lugar de la consulta.

n) Se establece el derecho de ambos progenitores a recibir directamente, del centro escolar de la menor, copia de los informes de tutores, calificaciones, archivos de asistencia, o cualquier otra eventualidad escolar, y a participar en el AMPA.

o) Se establece el derecho a que en presencia de la menor no se puedan hacer comentarios negativos del otro progenitor, o de sus familiares y allegados, por parte de cada progenitor, a fin de evitarle prejuicios psicológicos.

p) En las fechas de cumpleaños de los progenitores, si la menor no estuviese con el progenitor que cumple años, prevalecerá el acuerdo de los mismos y, a falta de acuerdo, se aplicará el régimen de comunicación siguiente, cada progenitor podrá tener a la hija en su compañía durante 4 horas, desde las 16.00 horas. hasta las 20.00 horas, siempre que informe al otro progenitor con, como mínimo, 7 días de antelación. Se realizará la recogida y entrega en el domicilio donde estuviera la menor.

q) El día del cumpleaños de la menor, el progenitor que no la tenga consigo podrá estar en su compañía desde las 16.00 hasta las 20.00 horas. Se realizará la recogida y entrega en el domicilio donde estuviera la menor.

r) Se establezca que ambas partes puedan acudir a un centro de mediación concertado para la resolución de conflictos de índole menor, que pudieran surgir en el futuro.

9.º- Puntualmente se podrán modificar, suprimir o ampliar las medidas presentes siempre y cuando ambas partes así lo decidan de común acuerdo y se establezca por escrito en cualquier medio del que quede constancia».

2.- La procuradora Dña. Rosalía F. Ruiz Fornieles, en nombre y representación de Dña. Emma , asistida de la letrada Dña. Amparo de los Ángeles Gómez Maldonado, 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 desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas para el actor».

3.- El Fiscal, personándose en autos, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes remitiéndose a la prueba de los hechos e interesando:

«Se tenga por evacuado el traslado de contestación a la demanda».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de El Ejido (Almería) se dictó sentencia, con fecha 13 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando la demanda interpuesta por D. Rodolfo contra D.ª Emma , debo ratificar y mantener las medidas acordadas en sentencia de 13 de junio de 2011 ; todo ello sin hacer expresa imposición de costas.».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia, con fecha 23 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2014 , por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de El Ejido, en autos sobre modificación de medidas de divorcio de que dimana la presente alzada, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.».

TERCERO.- 1.- Por don Rodolfo se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

«Primero.- Fundamentamos el recurso de casación en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, situándolo dentro de los supuestos tasados en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 de la LEC , al entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, siendo que además, este procedimiento de menores, por razón de la materia es imprescindiblemente especial, a tenor

de la exposición de motivos de la LEC 1/2000 en su apéndice XIX. Por tanto, dando cumplimiento a dichos requisitos, fijamos el recurso de casación en los siguientes puntos concretos:

I) Infracciones legales. Manifestamos como infringidos los art. 3 , art. 4 , art. 92 , art. 68 , art. 97 , art. 100 y art. 1116 y ss. del Código Civil ; los art. 9 y art. 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ; art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; el art 120.3 CE ; y los art. 8 y art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos .

II) Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo. Concorre el punto o cuestión jurídica contradictoria que es la aplicación de la **custodia compartida** o corresponsabilidad parental en los procesos matrimoniales según la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre lo cual existe un criterio dispar entre Audiencias Provinciales bajo idénticos supuestos a la sentencia impugnada.

III) Normas con menos de cinco años de vigencia. La cuestión nuclear de la **custodia compartida** viene contemplada en el art. 92 CC que se denuncia como infringido, y en el cual existe contradicción entre la interpretación de dicho artículo sobre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, que da lugar a una gran incertidumbre y genera un alto nivel de conflicto entre las partes que acuden a un Juzgado de familia, en el que los más perjudicados son los niños. Sobre todo, son los operadores jurídicos, en este casos los abogados, los que no sabemos cómo defender los intereses de un/a ciudadano/a cuando la pretensión del mismo, es obtener la **custodia compartida** de sus hijos en casos de separación y/o divorcio, ante tanta sentencia contradictoria, y ante tanta jurisprudencia menor tan dispar. Creemos que el Tribunal Supremo debe ser respetado en su doctrina pacífica y reiterada y que la Audiencias deben seguir los criterios del Alto tribunal, pero esto no es así».

Y se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

«Motivo primero.- Art. 469.1.2.º de la LEC 1/2000 - Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia:

A) En referencia a los art 216 y art. 218.1 LEC 1/2000 que regulan la exhaustividad y congruencia de las sentencias. Basta leer la escueta sentencia de la AP que recurrimos, para comprobar que ni siquiera han valorado el interés superior del menor, basándose exclusivamente en un hecho, y es que según la sentencia no ha existido un cambio sustancial de las circunstancias, por cuanto esta parte entiende que el hecho de que Emma pida estar más tiempo con su padre es motivo suficiente para pedir la modificación, así como la novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

B) En referencia al art. 217 LEC 1/2000 que regulan la carga de la prueba. La sentencia vulnera este artículo por cuanto no ha valorado el hecho de que esta parte ha aportado muchas pruebas que demuestran que no es cierto que no haya entendimiento entre los progenitores. Basta comprobar la abundante documental económica como social de la familia, o dossier parental que obran en autos a modo de plan de corresponsabilidad parental, o simplemente no ha valorado el informe psicosocial aportado por esta parte actualizado.

C) En referencia al art. 218.2 LEC 1/2000 que regula la falta de motivación fáctica y jurídica en las sentencias. Existe una falta de motivación en la sentencia, por cuanto no existe ningún sólo artículo (ni civil, ni procesal) que apoye la tesis de la sentencia recurrida, sino sólo un criterio *alegal* que no tiene sustento jurídico. Asimismo, no resuelven todos y cada uno de los pedimentos de esta parte.

Motivo segundo.- Art. 469.1.3.º de la LEC 1/2000 - Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producirse indefensión:

En referencia al artículo 238.3 y 240.1 de la LOPJ , con motivo en el art. 247 LEC 1/2000 , sobre el respeto a las reglas de la buena fe procesal.

Motivo tercero.- Art. 469.1.4.º de la LEC 1/2000 - Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE : Principio de inmediación, Interdicción de la arbitrariedad, tutela judicial efectiva».

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 9 de diciembre de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el Fiscal presentó escrito interesando la revocación de la sentencia recurrida e interesando se decida acordar la guarda y **custodia compartida** para la menor que se denegó por la sentencia de 25 de enero de 2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería .

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 6 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

Los litigantes son padres de una hija menor de edad (nacida el NUM005 -2005).

La sentencia de divorcio dictada con fecha 13 de junio de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de El Ejido (confirmada por la Audiencia Provincial de Almería en sentencia de enero de 2013) acordó atribuir la guarda y **custodia** de la menor a la madre y fijó un régimen de visitas a favor del padre martes y jueves (desde la salida del colegio hasta las 19.30 horas) y fines de semana alternos desde la salida del colegio los viernes hasta el domingo a las 19.30 horas con periodos vacacionales por mitad.

Al tiempo de dictarse esta sentencia había una denuncia de la madre contra el padre por malos tratos que había dado lugar a la incoación de causa penal, la sentencia expresa que esta circunstancia con independencia del desenlace de los procesos en curso, impide a la juzgadora plantearse el otorgamiento de una guarda y **custodia compartida** por existir una situación conflictiva entre los cónyuges.

D. Rodolfo , interpuso demanda de modificación de medidas, solicitando en primer término la atribución de la **custodia** de la menor y del uso y disfrute de la vivienda que está ocupando con carácter estable y permanente un tercero (la pareja de la madre). Subsidiariamente solicita la guarda y **custodia compartida** de la menor con atribución del uso de una de las viviendas a la menor y al padre y de otra de las viviendas familiares a la menor y a la madre y a falta de acuerdo con un reparto de tiempos que propone (en síntesis de lunes a lunes).

En la contestación a la demanda, la demandada se opuso a la modificación, alega tensión, litigiosidad y animadversión entre los progenitores, que el demandante se atribuye propiedad que no ostenta, que la hija se lleva muy bien con su pareja y solicita que se mantengan las medidas acordadas porque nunca permitirá la guarda y **custodia** de un abusador.

El informe del Ministerio Fiscal versó sobre la falta de prueba de una modificación sustancial de las circunstancias, que la presunción de inocencia y el informe psicosocial que aporta ya se tuvieron en cuenta en la sentencia de divorcio, que se ha desarrollado durante cuatro años con normalidad el régimen de visitas y el mantenimiento de vínculos con el progenitor no custodio y su familia gracias a la madre.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de El Ejido, de 13 de marzo de 2014 , mantiene que no se ha acreditado variación de las circunstancias que dieron lugar a las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, que la menor está bien en su desarrollo, normalidad en el régimen de visitas y fomento por la madre de la relación padre-hija. La sentencia recoge requisitos para la guarda y **custodia**, petición de común acuerdo, informe favorable del Ministerio Fiscal... y subraya el carácter excepcional de la **custodia compartida** y el general de la guarda exclusiva.

Interpuso recurso de apelación el demandante, alegando inconstitucionalidad de la sentencia (STC de 17 de octubre de 2012), por vulneración del artículo 775 de la LEC , en cuanto a la modificación de las circunstancias de acuerdo con la STS 758/13 de 25 de noviembre e incidiendo en las circunstancias concurrentes (absolución, informes.. etc.).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª), confirma la de instancia en síntesis por las siguientes razones:

- En cuanto a la inconstitucionalidad entiende en síntesis que el error de la sentencia al afirmar exigible el informe del Ministerio Fiscal no afecta a la sentencia que con claridad meridiana desestima también la demanda por no haber variado las circunstancias que dieron lugar a las acordadas.

- Entiende que no se ha acreditado el cambio sustancial de las circunstancias por las que se den los requisitos para otorgar la guarda y **custodia** en cuanto a la vulneración.

Examinando el error en la valoración de la prueba, la Audiencia Provincial en síntesis, comparte la valoración y el criterio de la sentencia dictada en primera instancia, persistiendo la conflictividad. Declara que el informe psicosocial era el mismo que se tuvo en cuenta al dictar la sentencia de divorcio.

Recursos extraordinarios:

El recurso de casación se interpone en un motivo en el que distingue apartados:

I).- Infracciones legales: artículos 3 , 4 , 92 , 68 , 97 , 100 1116 y ss. del Código Civil , artículos 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 . artículo 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , artículo 120.3 CE y artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

II).- Jurisprudencia Contradictoria de Audiencias Provinciales y Vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo. Cita numerosas sentencias de Audiencias Provinciales sobre cada uno de los criterios dispares que alega y cita sentencias de esta Sala de 8 de octubre de 2009 , 7 de julio de 2011 , 21 y 22 de julio de 2011 , 7 de junio de 2013 , 19 de julio de 2013 , 19 , 25 y 29 de noviembre de 2013 .

III).- En atención a normas con menos de cinco años de vigencia:

- Artículo 5.2 de Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos Progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana.

- Ley 2/2010, de 26 de mayo de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de las padres de la Comunidad de Aragón.

Enlaza la cuestión con el artículo 14 de la Constitución Española y la diferencia entre los hijos según se aplique o no la legislación autonómica.

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en tres motivos:

I) Art. 469.2.2.º LEC . Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, que diferencia en apartados:

A.- En referencia a los artículos 216 y artículo 218.1 LEC (con cita de la STS de 25 de diciembre de 2013).

B.- Por infracción del artículo 217 LEC , que regula la carga de la prueba (en este motivo niega que no haya entendimiento entre los progenitores, con relación a la documental).

C.- En referencia al artículo 218.2 LEC (refiere falta de pronunciamiento sobre la idoneidad del progenitor) no resolviendo sobre los términos del debate.

II) Art. 469.1.3.º LEC infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinase la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producirse indefensión. En este motivo alega incumplimiento de la obligación a la menor.

III) Art. 469.1.4.º LEC vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE (principio de inmediación, interdicción de la arbitrariedad, tutela judicial efectiva- falta de valoración de la prueba-.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso.

RECURSO DE CASACIÓN .

SEGUNDO .- Motivo único (tres apartados). «Fundamentamos el recurso de casación en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, situándolo dentro de los supuestos tasados en el número 3º del apartado 2 del art. 477 de la LEC , al entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, siendo que además, este procedimiento de menores, por razón de la materia es imprescindiblemente especial, a tenor de la exposición de motivos de la LEC 1/2000 en su apéndice XIX. Por tanto, dando cumplimiento a dichos requisitos, fijamos el recurso de casación en los siguientes puntos concretos:

»I) Infracciones legales. Manifestamos como infringidos los art. 3 , art. 4 , art. 92 , art. 68 , art. 97 , art. 100 y art. 1116 y ss. del Código Civil ; los art. 9 y art. 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ; art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; el art 120.3 CE ; y los art. 8 y art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos .

»II) Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo. Concorre el punto o cuestión jurídica contradictoria que es la aplicación de la **custodia compartida** o corresponsabilidad parental en los procesos matrimoniales según la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre lo cual existe un criterio dispar entre Audiencias Provinciales bajo idénticos supuestos a la sentencia impugnada.

»III) Normas con menos de cinco años de vigencia. La cuestión nuclear de la **custodia compartida** viene contemplada en el art. 92 CC que se denuncia como infringido, y en el cual existe contradicción entre la interpretación de dicho artículo sobre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, que da lugar a una gran incertidumbre y genera un alto nivel de conflicto entre las partes que acuden a un Juzgado de familia, en el que los más perjudicados son los niños. Sobre todo, son los operadores jurídicos, en este casos los abogados, los que no sabemos cómo defender los intereses de un/a ciudadano/a cuando la pretensión del mismo, es obtener la **custodia compartida** de sus hijos en casos de separación y/o divorcio, ante tanta sentencia contradictoria, y ante tanta jurisprudencia menor tan dispar. Creemos que el Tribunal Supremo debe ser respetado en su doctrina pacífica y reiterada y que la Audiencias deben seguir los criterios del Alto tribunal, pero esto no es así».

Se alegó que procedía la **custodia compartida**, a lo que tenía derecho la hija. Se está permitiendo a una de las partes disponer a su criterio de la **custodia compartida**, provocando o no conflictividad, cuando debía primar el interés de los hijos. Que el equipo psicosocial informó que ambos cónyuges estaban capacitados para el cuidado de la menor. Que el cambio de jurisprudencia supone un cambio de circunstancias. Que fue absuelto del delito de violencia de género, lo que también supone un cambio de circunstancias con respeto a la situación que se tuvo en cuenta en la instancia. Añade el recurrente que no se entiende que se le considere capacitado para estar la mitad de las vacaciones con su hija (pese a lo prolongado del lapso) y no se le permita la **custodia compartida**. Igualmente se solicitó el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, si se consideraba conveniente, en torno al trato discriminatorio del art. 92.7 del C. Civil en relación con los arts. 153 y 157 del C. Penal .

TERCERO .- Respuesta de la Sala.

Esta Sala ha declarado sobre la **custodia compartida**:

«La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y **custodia compartida**, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

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

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

Esta Sala debe declarar que la **custodia compartida** conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de 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.

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

En sentencia de 16 de octubre de 2014, rec. 683 de 2013 esta Sala declaró que:

«En primer lugar, hemos de declarar que pese al escaso tiempo transcurrido entre los dos procedimientos judiciales, han cambiado sustancialmente las circunstancias, dado el nuevo régimen legal que amplía la posibilidad de adoptar el sistema de **custodia compartida**, no siendo necesario contar con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal...

En este sentido la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen».

CUARTO.- A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil, en su última redacción establece que:

«3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y **custodia**, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto.

QUINTO .- En el presente supuesto se dan las siguientes circunstancias que aconsejan la estimación del recurso, por infracción de doctrina jurisprudencial, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de **custodia**:

1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la **custodia compartida**.

2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones.

3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores.

4. El informe de la psicóloga del Juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de **custodia compartida**. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de **custodia compartida** es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma.

5. No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de

la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la **custodia compartida**, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil .

Por lo expuesto debemos estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, acordando el sistema de **custodia compartida**, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios.

SEXTO .- 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 ostenta la **custodia** dejará a la 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 de la niña la dejará en el domicilio del otro.

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

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos de la menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%. No consta disparidad notable de ingresos entre los progenitores, al ser ella, coordinadora de unidad de asistencia a domicilio y él, policía local.

SÉPTIMO .- No procede planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad interesada, al ser irrelevante para la decisión de la cuestión.

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

En igual sentido las sentencias de 3 de diciembre de 2013, rec. 1341 de 2012 y de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014 .

NOVENO .- No procede entrar en el estudio del recurso extraordinario por infracción procesal, al haberse obtenido respuesta a través del recurso de casación.

DÉCIMO .- No procede expresa imposición en las costas con respecto a los recursos interpuestos.

Procédase a la devolución de los depósitos para recurrir.

FALLO

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

1.- Sin necesidad de entrar en el estudio del recurso extraordinario por infracción procesal, estimamos el recurso de casación interpuesto por D. Rodolfo contra sentencia de 23 de enero de 2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería . **2.-** Casamos la resolución recurrida. **3.-** Acordamos la **custodia compartida** de la menor. 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 ostenta la **custodia** dejará a la 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 de la niña la 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. Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos de la menor en su propio domicilio, abonando

los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%. **4.-** La madre (demandada) podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al régimen legal. **5.-** No procede expresa imposición de costas al recurrente. **6.-** Devuélvase al recurrente los depósitos para recurrir de ambos recursos interpuestos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ