



Roj: STS 3207/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3207
Id Cendoj: 28079110012015100417
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 530/2014
Nº de Resolución: 449/2015
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 530/2014 por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre derecho de familia núm. 286/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Arganda del Rey, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María José Orbe Zalba, en nombre y representación de don Benedicto, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y el procurador don Miguel Ángel Ayuso Morales, en nombre y representación de doña Marí Luz, en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Hernán Kozak Cino, en nombre y representación de doña Marí Luz, interpuso demanda de juicio de medidas provisionales, en concreto de guarda y **custodia**, fijación de régimen de visitas y alimentos, contra don Benedicto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que «se acuerde la adopción de las medidas solicitadas con carácter provisional en el cuerpo de este escrito».

Y en los hechos del escrito consta:

« **SÉPTIMO** .- Las medidas que se interesan a adoptar para establecer en el futuro las relaciones PATERNOFILIALES como consecuencia de la separación de cuerpos de los progenitores, son las siguientes:

LOS HIJOS.- El ejercicio de la Patria Potestad sobre los menores será ejercida por ambos progenitores, que adoptarán de acuerdo cuantas decisiones sean de interés para los hijos hasta que estos alcancen la mayor edad.

LA GUARDA Y CUSTODIA.- Se atribuirá a la madre, DOÑA Marí Luz, la guarda y **custodia** sobre los menores.

EL DOMICILIO FAMILIAR.- Se atribuirá el uso del que hasta ahora ha sido domicilio familiar, el sito en Rivas Vaciamadrid C/ DIRECCION000 nº NUM000, a mi representada DOÑA Marí Luz, donde residirá en compañía de los hijos.

RÉGIMEN DE VISITAS.- En cuanto al régimen de visitas, durante los días lectivos se establecerá el más amplio y libre, sin sujeción a más horario que el escolar de los menores, conviniendo ambas partes la fórmula más idónea para bien de niños y adultos. Subsidiariamente, en caso de desacuerdo, habrán de ser de obligado cumplimiento las siguientes pautas:

1.- Días laborables: El padre recogerá a la hija a las 8:00 de la mañana en la puerta del domicilio de los menores para dejarla en la guardería a la que acude. Le corresponderá a la madre recoger a su hija al regreso a la casa por la tarde.

2.- Fines de semana: Se establece la estancia de los niños con cada progenitor en fines de semana alternos. En los que le corresponda, el padre los recogerá en su (de ellos) domicilio a las 19:30 del viernes, reintegrándolos al mismo a la misma hora del domingo siguiente.

En tanto no se regularice la opción laboral de la madre a que se ha hecho anteriormente referencia, los fines de semana en que la madre trabaje y le corresponda la estancia con los hijos, éstos permanecerán con el padre, pasando los dos siguientes fines de semana con la madre con independencia de a quien correspondieran.

Si el padre no pudiese recoger a los hijos a las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento de la madre con al menos 24h de antelación, de lo contrario se entenderá que desde las 20:30 del viernes, madre e hijos podrán realizar aquellas actividades que estimen oportunas.

Una vez se regularice el horario con la nueva situación laboral de la madre, se establecerá un turno riguroso de fines de semana alternos en los horarios ya previstos.

Y, una vez que el hijo Carlos Manuel , comience en la guardería, se procederá de igual manera con ambos en las disposiciones de la vida diaria.

VACACIONES.- Los hijos permanecerán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, mitades que se calcularán en función del calendario y horario escolar. Estos periodos se entenderán comprendidos desde la última fecha de clase hasta fecha de reanudación del periodo escolar. Para la elección de dichos periodos, los padres llegarán a un acuerdo, en defecto del cual, la madre tendrá derecho a la fijación de periodos vacacionales los años impares, y el padre los pares. Esto, sin perjuicio de la asistencia de los menores a campamentos, cursos de verano, etc...

Ambos progenitores podrán comunicarse con sus hijos cuando no se encuentren en su compañía por cualquier medio (correo electrónico, teléfono etc.) cuando lo estimen conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los niños.

FIJACIÓN DE ALIMENTOS: El padre deberá satisfacer a la madre, D.^a Marí Luz para alimentos de sus hijos, la cantidad de 920 # NOVECIENTOS VEINTE EUROS) hasta su independencia económica. Dicha cantidad serán ingresadas por adelantado y dentro de los cinco primeros días de mes en la cuenta que la madre designe al efecto. Dicha cantidad será revisada anualmente con arreglo a las variaciones que experimente el IPC del INE, u otro índice establecido por organismo equivalente.

Esta cantidad ha sido calculada con relación a los siguientes gastos fijos de los hijos:

Guardería Tania	385,00 #
Gastos casa mantenimiento	600,00 #
Gastos alimentos y vestido	600,00 #
Asistenta	250,00 #
TOTAL	1,835,00 #

El producto de dividir por dos dicha cifra asciende a 917,50 #, por lo que la cantidad que habrá de satisfacer el padre para contribuir a la crianza y educación de sus hijos importa 920,00 # (NOVECIENTOS VEINTE EUROS) al mes.

Con independencia de lo anteriormente expuesto, cada uno de los progenitores habrá de comprometerse abonar el 50% de los gastos siguientes: Escolarización, libros y material escolar, actividades extraescolares y equipamientos necesarios a su práctica, gastos médicos, dentista, oculista, farmacia, etc, no cubiertos por la Seguridad Social.

DE LOS BIENES COMUNES.- Como se ha especificado anteriormente, ambos litigantes costean en la actualidad por mitad el importe de la hipoteca que grava la vivienda donde viven los hijos. Por lo que dicha circunstancia habrá de continuar en el futuro, salvo un eventual acuerdo de venta de la vivienda por sus propietarios. Por lo cual, cada uno de los litigantes abonará en la cuenta de BANESTO abierta al efecto, la cantidad de 825,00 # (OCHOCIENTOS VEINTICINCO EUROS) cada mes, y dividirán por mitad, cualquier modificación que en dicho pago pudiera ocasionarse en el futuro».

2.- El Fiscal contesta a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables suplicando al juzgado dicte sentencia «conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

3.- La procuradora doña María Isabel Carrera Cepedano, en nombre y representación de don Benedicto , 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 «acordando las siguientes medidas:

Primero.- Que los hijos de ambos, Tania y Carlos Manuel , permanezcan en el territorio nacional, prohibiendo su salida al extranjero, salvo autorización judicial previa, así como prohibición de expedición de pasaporte y documento nacional de identidad a los menores, a cuyo fin solicitamos se expida oficio a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

Segundo.- Se asigne la guarda y **custodia** de los menores al padre, manteniendo la patria potestad ambos progenitores.

Tercero.- Se asigne el uso de la vivienda de la DIRECCION000 , nº NUM000 , de Rivas Vaciamadrid, al padre y a los hijos menores.

Cuarto.- Se establezca como alimentos a favor de los hijos y a cargo de Doña Marí Luz , la cantidad de ochocientos euros mensuales (cuatrocientos por cada hijo), cantidad que será incrementada anualmente en función de las variaciones que experimente el I.P.C. o cualquier otro índice que pudiera sustituirle en el futuro. Esta cantidad será ingresada durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se indique.

Quinto.- Todos los gastos extraordinarios, que se produzcan como consecuencia de la educación de los niños, distintos del colegio habitual al que asistan, como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, odontológicos, actividades extraescolares, viajes de estudio y campamentos etc., serán sufragados al 50% por ambos progenitores.

Sexto.- Como régimen de visitas a favor de la madre, se establece el siguiente:

a) Semanal.- Un fin de semana de cada dos, desde el viernes a las 17 horas, hasta las 20 horas del domingo, recogiendo a los niños y devolviéndoles en el domicilio del progenitor que tenga la guarda y **custodia**.

b) Dos tardes entre semana que en caso de desacuerdo serán las tardes del martes y del jueves, desde las cinco horas hasta las ocho. En cuanto a los puentes escolares, los menores los pasarán en compañía del progenitor al que corresponda tenerlos ese fin de semana.

a) Períodos de vacaciones.-

1) Navidad.- Los niños pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con el padre y la otra mitad con la madre, correspondiendo a la madre el primer período desde las vacaciones hasta el día 30, y al padre del 30 al día 7 de enero en los años pares, y a la inversa los años impares.

2) Semana Santa.- Los menores pasarán la mitad del período de vacaciones de Semana Santa, con cada uno de los progenitores, correspondiendo elegir al padre los días en los años pares y a la madre en los impares.

3) Verano.- El período de vacaciones escolares de verano, correspondientes a los meses de julio y agosto, lo pasará los niños un mes con el padre y otro con la madre, a convenir entre estos con la suficiente antelación. En caso de desacuerdo, la madre tendrá preferencia en la elección, en los años pares y el padre en los impares.

a) Los padres permitirán y facilitarán en todo momento la comunicación, epistolar, telegráfica o telefónica con el otro, siempre que ésta no se produzca en forma caprichosa, injustificada o fuera de horas normales.

b) Durante los períodos de vacaciones se suspenderán las visitas señaladas en el apartado a).

c) Cualquiera de los padres que traslade a los menores de un lugar conocido a otro desconocido, lo comunicará al otro.

d) En caso de enfermedad de los hijos, el padre deberá comunicarlo a la madre, permitiendo visitar a los niños en su domicilio.

Por ser de justicia que pido».

4.- Se acumulan a la presente demanda los autos 320/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Arganda del Rey incoados por demanda de don Benedicto sobre adopción de medidas, guarda, **custodia** y alimentos, y con solicitud de medidas provisionales, contra doña Marí Luz , demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estiman de aplicación se suplica al juzgado se dicte una sentencia «acordando las siguientes medidas:

Primero.- Que los hijos de ambos, Tania y Carlos Manuel , permanezcan en el territorio nacional, prohibiendo su salida al extranjero, salvo autorización judicial previa, así como prohibición de expedición de pasaporte y documento nacional de identidad a los menores, a cuyo fin solicitamos se expida oficio a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

Segundo.- Se asigne la guarda y **custodia** de los menores al padre, manteniendo la patria potestad ambos progenitores.

Tercero.- Se asigne el uso de la vivienda de la DIRECCION000 , nº NUM000 , de Rivas Vaciamadrid, al padre y a los hijos menores.

Cuarto.- Se establezca como alimentos a favor de los hijos y a cargo de Doña Marí Luz , la cantidad de ochocientos euros mensuales (cuatrocientos por cada hijo), cantidad que será incrementada anualmente en función de las variaciones que experimente el I.P.C. o cualquier otro índice que pudiera sustituirle en el futuro. Esta cantidad será ingresada durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se indique.

Quinto.- Todos los gastos extraordinarios, que se produzcan como consecuencia de la educación de los niños, distintos del colegio habitual al que asistan, gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, etc., serán sufragados al 50% por ambos progenitores.

Sexto.- Como régimen de visitas a favor de la madre, se establece el siguiente:

a) Semanal.- Un fin de semana de cada dos, desde el viernes a las 17 horas, hasta las 20 horas del domingo, recogiendo a los niños y devolviéndoles en el domicilio del progenitor que tenga la guarda y **custodia**.

b) Dos tardes entre semana que en caso de desacuerdo serán las tardes del martes y del jueves, desde las cinco horas hasta las ocho. En cuanto a los puentes escolares, los menores los pasarán en compañía del progenitor al que corresponda tenerlos ese fin de semana.

a) Períodos de vacaciones.-

1) Navidad.- Los niños pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con el padre y la otra mitad con la madre, correspondiendo a la madre el primer período desde las vacaciones hasta el día 30, y al padre del 30 al día 7 de enero en los años pares, y a la inversa los años impares.

2) Semana Santa.- Los menores pasarán la mitad del período de vacaciones de Semana Santa, con cada uno de los progenitores, correspondiendo elegir al padre los días en los años pares y a la madre en los impares.

3) Verano.- El período de vacaciones escolares de verano, correspondientes a los meses de julio y agosto, lo pasará los niños un mes con el padre y otro con la madre, a convenir entre estos con la suficiente antelación. En caso de desacuerdo, la madre tendrá preferencia en la elección, en los años pares y el padre en los impares.

a) Los padres permitirán y facilitarán en todo momento la comunicación, epistolar, telegráfica o telefónica con el otro, siempre que ésta no se produzca en forma caprichosa, injustificada o fuera de horas normales.

b) Durante los períodos de vacaciones se suspenderán las visitas señaladas en el apartado a).

c) Cualquiera de los padres que traslade a los menores de un lugar conocido a otro desconocido, lo comunicará al otro.

d) En caso de enfermedad de los hijos, el padre deberá comunicarlo a la madre, permitiendo visitar a los niños en su domicilio.

Por ser de justicia que pido».

5.- En los autos acumulados consta unida la contestación a la demanda del fiscal, con los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, suplicando al juzgado «dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Arganda del Rey se dictó sentencia, con fecha 11 de Noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Se aprueban como medidas definitivas respecto de los menores Tania y Carlos Manuel las siguientes:

La patria potestad será ejercida por ambos progenitores.

*Se atribuye a D.^a Marí Luz la guarda y **custodia** de los menores.*

Régimen de visitas del padre: fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta las 20,00 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones de Semana Santa y Navidad eligiendo los períodos, en caso de discrepancia, el padre en los años pares y la madre en los impares.

Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad, correspondiendo cada mitad a uno de los progenitores, pudiendo elegir el padre en los años pares y la madre en los impares en caso de desacuerdo.

*Se atribuye el domicilio familiar a los menores y al progenitor bajo cuya guarda y **custodia** quedan.*

Se fija una pensión de alimentos en favor de los hijos menores en la cantidad de 325 euros al mes para cada uno de ellos, a ingresar en los cinco primeros días en la cuenta que al efecto se determine, revisables anualmente conforme a los incrementos del IPC. Los padres abonarán por mitad los gastos extraordinarios.

No ha lugar a la imposición de costas.

Y en fecha 21 de febrero de 2012 se aclara la sentencia mediante auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Que procede subsanar la omisión que contiene la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2011 en el sentido indicado en el fundamento de derecho único de esta resolución, añadiendo al fallo de la misma un párrafo quinto del tenor literal siguiente:

"El padre podrá tener a los menores en su compañía dos tardes a la semana, en defecto de acuerdo martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 19,00 horas"

Y en fecha 8 de marzo de 2012 se dicta auto que rectifica el dictado el 21 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva señala:

SE RECTIFICA AUTO, de 21 de febrero de 2012, en el sentido de que donde se dice "desde la salida del colegio hasta las 19,30 horas".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del demandado D. Benedicto , la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 10 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*.

Que desestimando el recurso de apelación formulado por don Benedicto contra la sentencia dictada, en fecha 11 de noviembre de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Arganda del Rey , en procedimiento sobre relaciones paterno-filiales seguido, bajo el nº 286/2009, entre dicho litigante y doña Marí Luz , debemos confirmar y confirmamos íntegramente la expresada resolución, y ello sin perjuicio de haberse de entender ampliados los fines de semana a los días no lectivos unidos a los mismos en puente escolar, en orden al régimen de visitas.

Y todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso.

TERCERO .- 1.- La representación procesal de D. Benedicto interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Único.- Infracción del art. 92 del Código Civil , por aplicación indebida e incorrecta; al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución Española y el art. 2 de la L.O. nº 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida** de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 19 de julio de 2013 , 29 de abril de 2013 y 25 de noviembre de 2013 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de noviembre de 2014 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Miguel Ángel Ayuso Morales, en nombre y representación de doña Marí Luz , presentó escrito de oposición al mismo y el Fiscal, exponiendo las alegaciones que consideró oportunas, interesó la estimación del recurso de casación y la casación de la

sentencia recurrida fijando como medida para los dos menores la guarda y **custodia compartida** de ambos progenitores por quincenas, como solicitó el recurrente.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de marzo del 2015, suspendiéndose por enfermedad del magistrado ponente, señalándose nuevamente para el día 8 de julio del 2015 en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Consta acreditado y no contradicho que D. Benedicto y D.^a Marí Luz , respectivamente empleado de banca (prejubilado) y enfermera, iniciaron su convivencia de hecho en el año 2003, registrándose como pareja de hecho en el año 2005.

De la relación nacieron dos hijos, Carlos Manuel que nació el NUM001 de 2008 y Tania que nació el NUM002 de 2006.

Como consta en la sentencia recurrida:

"D.^a Marí Luz dispone de unos ingresos netos mensuales en torno a los 2300.-# al mes, debiendo hacer frente, amén de otros gastos, a la mitad del crédito hipotecario que grava la vivienda familiar, lo que supone un desembolso, al tiempo de celebrarse la vista en la instancia, de 600.-# al mes por cada uno de los cotitulares del inmueble.

Por su parte el Sr. Benedicto , en condición de prejubilado del BBVA, reconoce percibir unos ingresos brutos de 61.628,20.-# anuales, de los que, tras restar la retención de IRPF y las cuotas de la Seguridad Social, resulta un neto disponible de 39.041,89.-#, esto es 3.253,49.-# en su prorrateo entre los doce meses del año. Reside el mismo en una vivienda de su propiedad, y hace frente a la otra mitad (600.-#) del préstamo hipotecario constituido sobre la vivienda familiar, abonando también la cuota hipotecaria de un tercer inmueble de su propiedad, por importe acreditado de 513,68.-#, amén de un préstamo personal que se amortiza a razón de 162,32.-# al mes, cifras todas ellas notablemente inferiores a las que se expone en el trámite del artículo 458 LEC , en cuanto apoyo de su petitum aminoratorio".

SEGUNDO .- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de D.^a Marí Luz , acordando la guarda y **custodia** para la madre, pese al informe psicosocial, dado que la **custodia compartida** no la había solicitado el fiscal, ni existía acuerdo entre las partes, entendiéndose que la situación mantenida en las medidas provisionales con guarda y **custodia** a favor de la madre, era buena y no se justificaba el cambio de atribución.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se desestima el recurso de apelación de D. Benedicto , haciendo referencia a la oscilante postura del recurrente, que comienza pidiendo la guarda y **custodia** para él, para posteriormente pedir la **custodia compartida**, subsidiariamente y, por último, solicitar la **custodia compartida** en la vista de la apelación. En la sentencia no se hallan, en el informe psicosocial practicado en la segunda instancia, motivos para acordar la **custodia compartida**.

El Ministerio Fiscal ante esta Sala solicitó la casación de la sentencia y la adopción del sistema de **custodia compartida**.

TERCERO .- En el informe psicosocial practicado en el Juzgado se consideraba como mejor opción la **custodia compartida**.

En el informe psicosocial, practicado en segunda instancia se concluye la capacidad, de ambos, para desarrollar el rol parental y sin que aprecie alteraciones en la evolución y estado de los menores. Define la relación entre los progenitores como "cordial guardando las distancias".

CUARTO .- *Motivo único. Infracción del art. 92 del Código Civil , por aplicación indebida e incorrecta; al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución Española y el art. 2 de la L.O. nº 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida** de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 19 de julio de 2013 , 29 de abril de 2013 y 25 de noviembre de 2013 .*

Se estima el motivo.

Alega el recurrente que en el año 2009 en el que se inicia el procedimiento no era habitual la **custodia compartida**, siendo entonces preciso el informe favorable del fiscal, todo lo que fue dejado sin efecto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, que es posterior al recurso de apelación. Alegó que su postura no fue oscilante, sino que fue motivada por el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta propia Sala.

Solicitó que se suprimiese el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del progenitor que tuviese la **custodia** de los hijos. Matizó que en dicha vivienda vive la demandante, establemente, con otro hombre y con los hijos de éste en los fines de semana en los que a él le corresponde la visita de los mismos.

La parte recurrida alegó que no se había infringido la doctrina jurisprudencial, que es falso que viva con su pareja y con los hijos de ésta y que la **custodia compartida**, en este caso, no es la opción más favorable.

En escrito presentado por la recurrida el 16 de marzo de 2011, ante el Juzgado reconoció que mantenía una unión estable con el neuropsiquiatra Sr. Marino .

QUINTO .- En primer lugar, esta Sala debe negar la existencia de una postura oscilante e injustificada por parte del recurrente, dado que ha ido adaptando su postura procesal a los cambios de doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta misma Sala.

Por otra parte, esa fluctuación también inspiró, en un inicio, a la parte hoy recurrida, dado que pretendió la **custodia compartida**, para ahora rechazarla tajantemente.

En cualquier caso, es forzoso recordar que el art. 752 LEC establece que este proceso se ha de resolver con arreglo a los hechos que han sido objeto de debate, con independencia del momento en que se hubieren alegado o introducidos.

No cabe aceptar situación de indefensión por el hecho de abrir el debate sobre la **custodia compartida**, dado que ambas partes lo han introducido, rechazado (en ocasiones), debatido y han analizado informes psicosociales practicados en ambas instancias, siendo descartado el sistema de **custodia compartida** y, por tanto, enjuiciado en ambas instancias (art. 24 de la Constitución). Por lo tanto no es una cuestión "ex novo" ni sorpresiva, sino el núcleo del litigio, al versar el procedimiento exclusivamente sobre la **custodia** de los hijos y medidas conexas.

SEXTO .- 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.

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).

A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de **custodia compartida** debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la **custodia compartida**, bien sabido que *todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor* .

SÉPTIMO .- En la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues no analiza la necesidad o no de la **custodia compartida** sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del "status quo".

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 de los menores 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.

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 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 períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período 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%.

OCTAVO .- En cuanto al uso de la vivienda, el padre solicitó en el recurso que se dejase sin efecto el uso de la vivienda por la recurrida lo que no ha sido objeto de debate ni aceptación, por tanto, por D.^a Marí Luz .

Esta Sala no puede entrar en el estudio de esta cuestión al carecer 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.

NOVENO .- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Benedicto , representado por la Procuradora D.^a María José Orbe Zalba, contra sentencia de 10 de enero de 2014 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid .

2. Casar la sentencia recurrida.

3. Se acuerda la **custodia compartida** de los menores.

4. 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 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 períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período 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%.

5. No procede pronunciamiento, en este recurso, sobre el uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de las acciones que las partes insten.

6. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

7. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

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. **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.