



Roj: **STS 2197/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2197**

Id Cendoj: **28079110012020100374**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2020**

Nº de Recurso: **2560/2019**

Nº de Resolución: **311/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 223/2019,**
STS 2197/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 311/2020

Fecha de sentencia: 16/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2560/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipuzcoa Sección 2.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2560/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 311/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2019, dictada en recurso de apelación 2640/2018, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dimanante de autos de juicio de familia para **modificación de medidas** definitivas núm. 178/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e instrucción número 1 de DIRECCION000 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Alonso , representado en las instancias por la procuradora Dña. María Jesús Ronda García, bajo la dirección letrada de Dña. Susana Gamino Vispo, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Carmelo Olmos Gómez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Consuelo , representada por el procurador D. Roberto Igea García, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Gómez de Segura Navarro y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Alonso , representado por la procuradora Dña. María Jesús Ronda García y dirigido por la letrada Dña. Susana Gamino Vispo, interpuso demanda de juicio para **modificación de medidas** definitivas dictadas en divorcio contra Dña. Consuelo y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia modificando las **medidas** definitivas aprobadas por sentencia de 7 de enero de 2015 y:

"En la que se acuerde sustituir dichas **medidas** por las que se detallan en el cuerpo de la demanda, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada, si se opusiere".

Y en su demanda se solicita:

"1.º).- Patria potestad. Compartida por ambos progenitores, y por tanto, cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente al menor, serán consultadas y decididas por ambos.

"2.º).- **Guarda y custodia** compartida. Los menores quedarán bajo la **guarda y custodia** compartida de ambos progenitores, lo que se llevará a efecto de conformidad a cuanto sigue:

"1.- Pensando en el bienestar de los menores y a falta del mejor criterio que pueda expresar el equipo psicossocial esta parte propone que la **guarda y custodia** se atribuya al padre y a la madre por semanas alternas, empezando las semanas los viernes a la salida del colegio que será cuando los menores cambiarán de domicilio, residiendo sucesivamente con cada uno de sus progenitores en la vivienda que estos residen durante el período que a cada uno le corresponda.

"Durante el tiempo en el que los menores se encuentren en compañía de uno de los progenitores se fijarán dos días de visitas inter semanales, lunes y miércoles, desde la salida de la ikastola y hasta las 19:30 horas.

"En caso de enfermedad prolongada de cualquiera de los 2 menores, si éstos no pueden o no deben por prescripción o recomendación médica desplazarse del domicilio, el progenitor que no le tenga bajo su **guarda y custodia** podrá efectuar sus visitas en el domicilio en el que se encuentre el menor, durante al menos una hora diaria.

"Si durante el período en el que los menores permanezcan con uno de sus progenitores, hubiera alguna celebración familiar o algún acontecimiento en el que tuvieran que asistir (comuni3n, cumpleaños, boda etc...) en la familia del otro progenitor, los menores pasarán el día correspondiente a la celebraci3n con ese progenitor para poder acudir así a la celebraci3n y mantener los vínculos con sus familias paterna y materna.

"2.- Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.-

"Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano serán repartidas de la siguiente manera:

"a) Las vacaciones de Navidad se disfrutarán divididas por mitades, correspondiendo un período a cada uno de los progenitores. Esta parte propone que la madre disfrute del primer período tal y como han venido haciendo de común acuerdo desde que se separaron. Dicho período comprendería desde la salida del último día de ikastola y hasta el 30 de Diciembre a las 21:00 horas. Y el padre del segundo período, que va desde el día 30 de Diciembre a las 21:00 horas y hasta el 6 de Enero, o la víspera del inicio del curso escolar a las 21:00 horas.

"b) Las vacaciones de Semana Santa, se disfrutarán divididas en dos períodos:

"- El primero desde la salida de la ikastola el último día lectivo previo al período vacacional y hasta las 21:00 horas del Domingo de Pascua.



"- El segundo desde las 21:00 horas del Domingo de Pascua y hasta las 21:00 horas del domingo víspera del retomo al curso escolar.

"Ambas partes trataran de alcanzar un acuerdo en el disfrute de los períodos pero en el supuesto de no llegar a ningún acuerdo, el padre elegirá los años pares y la madre los impares. En este sentido, esta parte propone que como han venido haciendo desde que se dictó la sentencia de divorcio, que anualmente se cierre un calendario en noviembre-diciembre para el reparto de los períodos del año siguiente.

"c) Respecto a las vacaciones escolares de verano, corresponderá la mitad a cada uno de los progenitores que se distribuirán en seis períodos:

"- Primer período; desde la salida de la ikastola el último día escolar y hasta las 21:00 horas del día 30 de Junio.

"- Desde las 21:00 horas del día 30 de junio y hasta las 21:00 horas del día 15 de julio.

"- Desde las 21:00 horas del día 15 de julio y hasta las 21:00 horas del día 31 de julio.

"- Desde las 21:00 horas del día 31 de julio y hasta las 21:00 horas del día 15 de agosto.

"- Desde las 21:00 horas del día 15 de agosto y hasta las 21:00 horas del día 31 de agosto.

"- Desde las 21:00 horas del 31 de agosto y hasta la entrega en la ikastola el primer día lectivo.

"En caso de desacuerdo, el padre elegirá los años pares y la madre los impares. La elección versará sobre el segundo, tercero, cuarto y quinto período, dejándose el primer período para el disfrute de la madre y el sexto para el del padre, tal y como han venido haciendo hasta la fecha.

"- Durante las vacaciones se establecen las siguientes comunicaciones telefónicas:

"Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con sus hijos con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de los menores, y para el caso de que en período de vacaciones escolares se marcharan de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que los menores efectúen la pertinente llamada telefónica.

"Todo ello se llevará a efecto, dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre, prioritariamente, al interés de los niños.

"Días que testen entre el final de las semanas y el comienzo de los períodos vacacionales y viceversa.

"Teniendo en cuenta que a la vuelta de los períodos vacacionales, corresponde la **guarda y custodia** de las menores al progenitor no custodio en el momento del inicio de las vacaciones, ambos progenitores acuerdan que si desde el viernes, -día fijado para los intercambios- hasta el día de comienzo del período de vacaciones escolares (o viceversa) no distan más de tres días naturales, las menores no alternarán de progenitor custodio durante ese período. Por el contrario, en el caso de que sean tres días o más, sí se producirá la alternancia de progenitor por el tiempo que reste hasta el siguiente período.

"Celebraciones familiares.

"Los días del cumpleaños del padre y de la madre, los pasarán con el progenitor del cumpleaños en el caso de que esa semana no estuvieran conviviendo con dicho progenitor. El día se considerará desde la salida del colegio y hasta las 21:00 que serán reintegrados en el domicilio en el que se encuentren pernoctando. En el caso de que el cumpleaños de la madre o del padre caiga en fin de semana el progenitor que no corresponda convivir con los menores ese fin de semana pasará el día con los niños, desde las 10 horas hasta el día siguiente a las 10 horas (o 9 horas, si fuera día lectivo).

"Y el día del cumpleaños de los menores, ambos progenitores deberán consensuar poder estar los dos con los hijos en su día, de tal forma que si a uno de los progenitores no le correspondiera estar con los niños, al menos disfrutará de dos horas al día; desde 11 horas y hasta las 13:00 horas si fuera festivo y desde las 17:30 horas y hasta las 19:30 horas si fuera día laboral.

"3.º- Domicilio familiar. No se hace mención alguna sobre este respecto, habida cuenta de que los menores alternarán del domicilio de un progenitor al del otro.

"4.º- Pensión de alimentos.- Dado que la **guarda y custodia** se deberá atribuir a ambos progenitores de manera compartida, cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores (alimentación, habitación, vestido y el gasto de la cuidadora) durante el tiempo en que esté bajo su **custodia**.

"Para hacer frente al pago del resto de los gastos que los menores generan, cada progenitor abonará dentro de los cinco días de cada mes, la cantidad de trescientos euros (300.-€) en un número de cuenta que se abrirá a



tal efecto. Con dicha cantidad se abonarán los gastos de ikastola, jangela, clases extraescolares que ya vienen realizando -inglés, multikirola, piscina-.

"Así mismo, con dicha cantidad se abonarán el resto de gastos extraordinarios que los menores generen (incluidas actividades extraescolares, matrícula, libros, material escolar, uniforme, APA, así como aquellos de carácter lúdico, formativo, sanitario o farmacéutico, a excepción de los cubiertos por la Seguridad Social o compañía médica a la que pudieran pertenecer los progenitores, etc ...), y para el caso de que no existiera saldo suficiente en la cuenta, su importe deberá ser abonado por ambos progenitores al 50%.

"La realización de actividades extraescolares, que no sean estrictamente necesarias, deberá ser consensuada por ambos progenitores, y serán sufragados al 50% por éstos.

"Se entenderán a estos efectos por gastos extraordinarios:

"1. Actividades médicas, en la **medida** en que no sean cubiertas por la Seguridad Social, ni ningún otro tipo de seguro, tales como ortodoncias, gafas, lentillas.. y demás prótesis ortopédicas.

"2. Campamentos o colonias de verano, sea cual fuere la entidad u organismo organizador.

"3. Viajes que en un futuro realice al extranjero, con la finalidad de aprender idiomas u otras materias, que tengan relación con sus estudios.

"4. Actividades extraescolares de carácter formativo, sean deportivas, musicales, idiomas, apoyo en los estudios, etc..."

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y solicitando:

"En su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

3.- La demandada Dña. Consuelo , representada por la procuradora Dña. María Cristina Gabilondo Lapeyra y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Gómez de Segura Navarro, 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 acuerde desestimar íntegramente la demanda formulada de adverso, manteniendo el sistema de **guarda** y **custodia** en exclusiva a favor de Dña. Consuelo ".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número1 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 11 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Parte dispositiva.

"Que desestimando en parte la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Ronda García, en representación de D. Alonso frente a Dña. Consuelo , se acuerda, a partir de la fecha de la presente resolución, modificar la sentencia dictada por este Juzgado el día 7 de enero de 2015 en el ámbito del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo núm. 373/2014, en el sentido de establecer la **guarda** y **custodia** compartida entre ambas partes de los dos hijos habidos durante el matrimonio.

"En consecuencia, se dejan sin efecto las cláusulas séptima y octava del convenio regulador aprobado judicialmente en cuanto se opongán al régimen de **guarda** y **custodia** establecido a continuación:

"-Desde la notificación de la presente resolución hasta el día 1 de abril de 2018 los menores residirán en compañía de su padre en semanas alternas desde el jueves a la salida de la ikastola hasta el domingo a las 21:00 horas, mientras que el resto del tiempo residirán en compañía de su madre la Sra. Consuelo .

"-A partir del día 1 de abril de 2018 y hasta el comienzo de las clases en el mes de septiembre los menores residirán con su padre el Sr. Alonso por semanas alternas desde el martes a la salida de la ikastola hasta el domingo a las 21:00 horas. En este período, durante el tiempo en el que los menores residan en compañía de la Sra. Consuelo el actor tendrá derecho a dos visitas intersemanales que, a falta de acuerdo en contrario entre las partes, se fijarán los lunes y miércoles desde la salida de la ikastola y hasta las 19:30 horas. Y durante el tiempo en el que los menores residan en compañía del Sr. Alonso la madre Dña. Consuelo tendrá derecho a visitar a sus dos hijos menores una tarde entre semana desde la salida de la ikastola hasta las 19:30 horas, visita que, a falta de acuerdo en contrario entre las partes, tendrá lugar los miércoles. Se justifica esta diferencia en el hecho de que la Sra. Consuelo contará con mayores días de residencia con los niños que el Sr. Alonso .

"-A partir del comienzo de las clases en el mes de septiembre de 2018 se aplicará lo solicitado por el actor en su demanda, esto es, los menores pasarán residir con ambos progenitores por semanas alternas, empezando los



viernes a la salida del colegio que sea cuando los menores cambiarán de domicilio, residiendo sucesivamente con cada uno de sus progenitores en la vivienda en que éstos residan durante el período que a cada uno le corresponde. Durante el tiempo en el que los menores se encuentren en compañía de uno de los progenitores se fijarán dos días de visitas intersemanales, que a falta de acuerdo en contrario entre las partes, serán los lunes y miércoles, desde la salida de la ikastola y hasta las 19:30 horas.

"-En caso de enfermedad prolongada de cualquiera de los dos menores, si éstos no pueden o no deben por prescripción o recomendación médica desplazarse del domicilio, el progenitor que no le tenga bajo su **guarda** y **custodia** podrá efectuar sus visitas en el domicilio en el que se encuentre el menor, durante al menos una hora diaria.

"-Si durante el período en el que los menores permanezcan con uno de sus progenitores, hubiera alguna celebración familiar o algún acontecimiento al que tuvieran que asistir (comuni3n, cumpleaños, boda, etc.) en la familia del otro progenitor, los menores pasarán el día correspondiente a la celebraci3n con ese progenitor para poder acudir así a la celebraci3n y mantener los vínculos con sus familias paterna y materna.

"-Los días del cumpleaños del padre y de la madre, los menores los pasarán con el progenitor del cumpleaños en el caso de que esa semana no estuvieran conviviendo con dicho progenitor. El día se considerará desde la salida del colegio y hasta las 21:00 horas, que serán reintegrados en el domicilio en el que se encuentren pernoctando. En el caso de que el cumpleaños de la madre o del padre caiga en fin de semana, si ese fin de semana les corresponde a los menores residir junto al otro progenitor, los niños pasarán el día con el progenitor del cumpleaños desde las 10 horas hasta el día siguiente a las 10 horas (o hasta las 09:00 horas si fuera día lectivo).

"-Y el día del cumpleaños de los menores, ambos progenitores deberán consensuar poder estar los dos con los hijos en su día, de tal forma que si a uno de los progenitores no le correspondiera estar con los niños, al menos disfrutará de dos horas al día; desde las 11 horas y hasta las 13:00 horas si fuera festivo y desde las 17:30 horas y hasta las 19:30 horas si fuera día laboral.

"-Se mantiene expresamente el mismo sistema de reparto de las vacaciones escolares establecido en la cláusula octava del convenio regulador aprobado judicialmente, en sus cuatro últimos párrafos.

"Así mismo, se modifica la cláusula décima del convenio relativa al abono de la pensión de alimentos a favor de los dos hijos menores, que pasará a tener la siguiente redacci3n:

"-Cada progenitor se hará cargo de los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el período en que estén bajo su **custodia**.

"-Para hacer frente al pago del resto de los gastos que los menores generan, cada progenitor abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes la cantidad de cuatrocientos euros (400.-€) en un número de cuenta de titularidad conjunta de ambos progenitores que se abrirá a tal efecto. Con dicha cantidad se abonarán los gastos de ikastola, jangela, clases extraescolares.

"-Ahora bien, dado el sistema progresivo de adaptaci3n al régimen de **custodia** compartida, esta **modificaci3n** del modo de contribuir al sostenimiento de los dos hijos menores comenzará a aplicarse a partir del día 1 de abril de 2018, rigiendo hasta ese momento lo establecido al respecto en la sentencia de divorcio de fecha 7 de enero de 2015.

"Se mantienen el resto de pronunciamientos tal y como constan en la sentencia núm. 2/2015 de fecha 7 de enero de 2015.

"No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en autos".

Y con fecha 29 de enero de 2018 se dictó auto de aclaraci3n en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Acuerdo aclarar la sentencia núm. 2/2018 de 11 de enero, añadiendo a continuaci3n del párrafo séptimo del fundamento de derecho segundo y del párrafo cuarto de la parte dispositiva lo siguiente:

""En este primer período que va desde la notificaci3n de la resoluci3n hasta el día 1 de abril de 2018, el régimen de visitas intersemanales a favor de D. Alonso será el que venía cumpliéndose de conformidad con lo establecido en la sentencia de 7 de enero de 2015, esto es, todos los martes y jueves desde las 17:horas hasta las 21:00 horas, si bien aquellos jueves alternos en los que se aplique la **modificaci3n** establecida en la sentencia de 11 de enero de 2018, la devoluci3n de los menores al domicilio de la madre no tendrá lugar hasta las 21:horas del domingo".

"Se mantiene el resto de los pronunciamientos tal y como constan en la sentencia de fecha 11 de enero de 2018".



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada e impugnada la sentencia por la parte demandante, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia, con fecha 8 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Que, debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dña. Cristina Gabilondo Lapeyra, en nombre y representación de Dña. Consuelo , y la impugnación de la procuradora Dña. María Jesús Ronda García, en nombre y representación de D. Alonso , contra la sentencia de 11 de enero de 2.018, revocando la misma en el sentido de:

"Rechazar la nulidad solicitada

"Conceder/mantener la **guarda y custodia** de los menores a la madre.

"Fijar como pensión alimenticia la suma de 300 €uros/mes a abonar por el padre.

"Las fechas de los cumpleaños y demás celebraciones no alterarán los períodos de convivencia establecidos para cada progenitor, pudiendo celebrarlos en los días en que les corresponda estar juntos.

"En caso de enfermedad se rechaza la visita del progenitor no custodio al domicilio familiar, sin perjuicio de coincidir en un hospital en su caso.

"Manteniendo el resto caso no oponerse a lo fijado, todo ello sin expresa imposición de las costas".

TERCERO.- 1.- Por D. Alonso se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2 ordinal 3.º, por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de Noviembre de 1989, el artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 2 y 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y 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, entre muchas otras sentencias, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2016, sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2015, sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2012 y 31 de enero de 2013, ambas dos de pleno. La resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias dictadas con fecha 29 de abril de 2013 y 22 de octubre de 2014, que consagran que el régimen de **guarda y custodia** compartida es el que mejor tutela el derecho supremo del menor *favor filii*.

Motivo segundo.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2 ordinal 3.º, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que determina que el hecho de que el régimen de **guarda y custodia** exclusiva a favor de la madre haya funcionado correctamente, no impide ni coadyuva a que pueda establecerse la **guarda y custodia** compartida, tal y como se determina entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, dictada con fecha 28 de enero de 2016; sentencia dictada con fecha 17 de marzo de 2.016, Rc 2129/2014.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de noviembre de 2019, se acordó admitir el recurso de casación 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 D. Roberto Igea García, en nombre y representación de Dña. Consuelo , presentó escrito de oposición al mismo.

El Ministerio Fiscal apoyó el recurso de casación interpuesto manifestando en su alegato final:

"Por otro lado, el informe del Ministerio Fiscal, emitido ante el Juzgado de Primera Instancia, fue favorable a este régimen de **guarda y custodia** compartida, solicitando su instauración de forma progresiva.

En consecuencia, sí resulta acreditado la existencia de interés casacional por oposición de la resolución impugnada a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera contenida en las SSTS citadas anteriormente, que como define, en el ATS de 3/7/2019, RN.º 1509/2017: "Consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte. En el presente caso el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas



en la sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos y eludiendo, en definitiva, que el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas de cada caso". En la misma línea AATS de 29/06/2016, RN.º 2862/2015; 29/9/11, RN.º 133/11; 12/4/11, RN.º 764/09; 20/9/11, RN.º 1337/11; 12/4/11, RN.º 764/09 entre otros".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de abril de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de demanda de **modificación** de **medidas** definitivas promovida por el padre respecto de las adoptadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 7 de enero de 2015, en la que se atribuyó la **guarda** y **custodia** de los dos hijos menores a la madre, solicitando el establecimiento de un régimen de **guarda** y **custodia** compartida.

La sentencia de primera instancia acordó **modificación** de **medidas**, acordando el establecimiento de un régimen de **guarda** y **custodia** compartida de alternancia semanal, si bien y a petición del Ministerio Fiscal, se adoptó un detallado régimen progresivo para evitar que el **cambio** pudiera afectar a los menores.

Valora la sentencia de primera instancia la edad de los menores, de 6 y 8 años, y que en el momento de la ruptura contaban con 3 y 5 años y que el padre dispone de la utilización en exclusiva de una vivienda, con espacio suficiente para acoger a los menores.

Frente a la citada resolución se interpuso por la madre recurso de apelación.

2.- Sentencia de segunda instancia.

La sala de apelación estimó el recurso de apelación formulado al entender que no hay nada nuevo entre lo apreciado en la sentencia de instancia y el presente procedimiento, que la edad de los niños es lo suficientemente pequeña como para establecer **cambios** en las rutinas creadas y que llevan viviendo siempre en la misma casa.

La Audiencia Provincial considera que habiendo funcionado el amplio régimen de visitas acordado (de fines de semana alternos y dos días intersemanales) no se entiende la **modificación** adoptada en primera instancia, y que el informe del Equipo Psicosocial no pasa de ser un dato más, debiendo ser el juez el que debe resolver conforme a su conciencia.

3.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por el padre recurso de casación, fundado en dos motivos: el primero, por la infracción de los arts. 92.5, 6 y 7 CC, en relación con los arts. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 39 CE, 2 y 11.2 a) LO 1/1996 y con el interés del menor, al entender que la sentencia de segunda instancia habría mostrado en abstracto una oposición hacia la **guarda** y **custodia** compartida, y habría fundado su decisión en que el régimen de **guarda** y **custodia** compartida no habría generado ningún problema, ni entre los progenitores ni para con los menores, pese a haber determinado el informe psicosocial que no existirían factores que desfavorecieran la opción de la **guarda** y **custodia** compartida y ser éste el régimen más beneficioso para los menores; y el segundo, por oposición a la doctrina jurisprudencial que determina que el hecho de que el régimen de **guarda** y **custodia** exclusiva haya funcionado correctamente, no impide ni coadyuva a que pueda establecerse la **guarda** y **custodia** compartida, al entender que del informe psicosocial resulta, tras evaluar a todos los miembros de la unidad familiar, que el régimen que mejor salvaguarda el interés de los menores sería la **guarda** y **custodia** compartida, al no observarse ningún factor que desaconseje esa opción, siendo ésta la más beneficiosa para los menores.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO.- *Causas de inadmisibilidad.*

Procede rechazarlas, dado que no se cuestionan los hechos declarados probados y por concurrir interés casacional, al fundamentarse el recurso en el interés de los menores.

**TERCERO.-** - *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2 ordinal 3.º, por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de Noviembre de 1989, el artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 2 y 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y 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, entre muchas otras sentencias, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2016, sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2015, sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2012 y 31 de enero de 2013, ambas dos de pleno. La resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias dictadas con fecha 29 de abril de 2013 y 22 de octubre de 2014, que consagran que el régimen de **guarda y custodia** compartida es el que mejor tutela el derecho supremo del menor *favor filii*.

2.- Motivo segundo.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2 ordinal 3.º, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que determina que el hecho de que el régimen de **guarda y custodia** exclusiva a favor de la madre haya funcionado correctamente, no impide ni coadyuva a que pueda establecerse la **guarda y custodia** compartida, tal y como se determina entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, dictada con fecha 28 de enero de 2016; sentencia dictada con fecha 17 de marzo de 2016, Rc 2129/2014.

Se estiman los motivos que se analizan conjuntamente.

En la sentencia recurrida el Tribunal de apelación se hace, aparentemente, eco de la doctrina jurisprudencial sobre **custodia** compartida para, a continuación, declarar que no concurre un **cambio** sustancial de circunstancias y desvaloriza el informe psicosocial, en abstracto, como prueba en un procedimiento, prueba que esta Sala considera de esencial importancia, sin perjuicio de su análisis crítico.

Esta Sala declaró en sentencia 465/2015, de 9 de septiembre:

"Por tanto, las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos. (sentencia de 18-11-2011, rec. 1728/2009)".

Habiéndose establecido jurisprudencialmente que el sistema de **custodia** compartida, en principio, debe ser el que rige (art. 92 del C. Civil), salvo circunstancias excepcionales; se aprecia en la sentencia recurrida falta de ponderación y razonamiento sobre la no aplicación de la referida **custodia** compartida (sentencia 390/2015, de 26 de junio, entre otras).

Igualmente, no se pondera en la sentencia recurrida con la necesaria profundidad el **cambio** de circunstancias que se invoca en la demanda y se apreció en la sentencia de primera instancia (art. 91 del C. Civil), de forma que jurisprudencialmente se ha determinado que el **cambio** no necesariamente ha de ser sustancial, pero sí cierto, y en interés de los menores (sentencias 215/2019, de 5 de abril, y 31/2019, de 19 de diciembre).

La ausencia de ponderación mencionada provoca que en la sentencia recurrida no se haya respetado la necesaria protección del interés de los menores (arts. 2 y 11 de la LO 1/1996 de 15 de enero).

CUARTO.- *Custodia compartida.*

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).

"La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de **custodia** sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial".

QUINTO.- Interés de los menores.

Constan como hechos probados:

1.- La demanda de divorcio de común acuerdo (373/2014) se interpuso, acordando las partes que la madre ejercería la **custodia**.

El convenio regulador databa de 15 de octubre de 2014.

En ese momento los menores tenían 3 y 5 años.

La sentencia de primera instancia se dictó el 7 de enero de 2015.

2.- La demanda de **modificación de medidas** se interpuso el 17 de mayo de 2017, contando los menores con seis y ocho años al momento de dictarse la sentencia de primera instancia de **modificación de medidas**.

3.- El padre cuenta en la actualidad con vivienda independiente.

4.- El sistema que en su día acordaron se constituía con un régimen de visitas, por el padre, consistente en fines de semanas alternos y dos tardes entre semana.

5.- El informe psicosocial no apreciaba causas que desaconsejaran la **custodia** compartida.

En base a lo expuesto, se debe declarar que concurre un **cambio** cierto y sustancial en las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron, el tiempo transcurrido, la posibilidad de vivienda independiente del padre, la reconstrucción de sus vidas afectivas por parte de ambos progenitores, la idoneidad como educadores de ambos y la trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la **custodia** compartida, todo ello unido a un amplio régimen de vistas preexistente que va a facilitar la transición al actualmente fijado.

En base a lo expuesto, procede casar la sentencia recurrida confirmando en todos sus extremos la sentencia de 11 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 .

SEXTO.- Costas y depósito.

Estimado el recurso de casación no ha lugar a la imposición de costas al recurrente (art. 398.2 LEC) y procede la devolución al mismo del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Alonso contra sentencia de 4 de febrero de 2019, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (apelación 2640/21018).

2.º- Casar la sentencia recurrida, confirmando en todos sus extremos la sentencia de 11 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 (procedimiento familia 178/2017).

3.º- No ha lugar a imposición de costas. Devuélvase el depósito constituido para el recurso de casación al recurrente.



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 colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ