

Roj: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687  
Id Cendoj: 28079110012015100724

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 415/2015

Nº de Resolución: 750/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 518/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gernika, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Leovigildo , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García San Miguel; siendo parte recurrida doña Dolores , representada por el Procurador de los Tribunales don Agustín Sanz Arroyo. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador don Zigor Capelastegui Cristobal, en nombre y representación de don Leovigildo , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio y custodia de hijos menores, contra doña Dolores y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

A) Atribuir la guarda y custodia de los menores, Purificación , Aurora y Carlos Manuel , a ambos progenitores por semanas alternas, debiendo realizarse el cambio de custodia todos los viernes a la salida del colegio o en su caso a las 17.00 horas cuando no haya colegio, perteneciendo en su compañía hasta el viernes siguiente a la misma hora en que les recogerá el otro progenitor.

Los menores estarán con el progenitor con quien no pasen la semana, desde la salida del colegio, o, en su caso, las 17 horas de los miércoles hasta el día siguiente, jueves a la entrada del colegio o a las 9.00 horas.

Las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, se dividirán en dos períodos iguales, correspondiendo al padre elegir el período de estancia con sus hijos, los años pares y a la madre los años impares.

Respecto a las vacaciones de verano, se dividirán en seis (6) períodos de tal manera que el final del mes de Junio corresponderá al padre los años pares y a la madre los impares, la primera quincena de Julio le corresponderá a quien no haya tenido en su compañía a los menores a finales de Junio, y así se seguirán alternando los períodos hasta llegar a los días vacacionales de Septiembre que, obviamente, corresponderían al progenitor que no haya disfrutado del período de Junio, quedando en suspenso el régimen de custodia establecido semanalmente que se reanuda una vez finalizado el período vacacional.

Con este se pretende que no se produzca una separación de los menores respecto a sus progenitores mayor de quince días (15).

B) Alimentos.

Dado que se solicita la guarda y custodia a ambos progenitores de manera **compartida**, cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el tiempo que esté bajo su custodia. En cuanto a los gastos extraordinarios quedarán tal y como están en estos momentos

C) Atribución del uso de la vivienda conyugal.

La vivienda deberá venderse y repartirse el dinero los progenitores de acuerdo con sus porcentajes de propiedad. Además los progenitores deberán comprometerse a adquirir una vivienda cercana al colegio de los hijos, que no diste más de 15 minutos en coche. Igualmente deberán repartirse los muebles, enseres el ajuar de la vivienda, así como las propiedades de los hijos a las que han contribuido ambos progenitores

Subsidiariamente a lo expuesto, el uso de la vivienda así como los muebles y enseres que contiene la misma, se atribuirán al progenitor que semanalmente disfrute de la custodia de los menores. En este caso los gastos ordinarios de la vivienda (agua, luz, teléfono, gas, etc, etc..), serán abonados por el progenitor que los haya ocasionado, es decir que cada progenitor hará frente a los gastos de la semana que conviva con los menores en el domicilio familiar.

D) Se condene en costas a la contraparte si se opusiera a tan justas peticiones

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Mónica D' Acquistio Toña, en nombre y representación de doña Dolores , 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 resuelva otorgar a la madre la capacidad y legitimación de decisión respecto a la elección de centro escolar y modelo educativo para los menores, dentro de los parámetros expresados en este escrito, rechazando así mismo la pretensión del actor para atribuirle la facultad de decisión en este aspecto, así como en el referente al sacramento del bautismo, con todo lo demás que en derecho proceda.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gernika, dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

*Que debo desestimar la demanda de modificación de medidas definitivas sobre las inicialmente existentes entre las partes en sentencia de 26-11 de fecha treinta de marzo de dos mil once del juzgado de instancia número tres de Gernika confirmandola en todos sus extremos.*

*Todo ello sin condena en costas.*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Leovigildo . La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO : *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Leovigildo , representado por el procurador don Zigor Capelastegui Cristobal, contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2014 por UPAD del Juzgado de primera Instancia nº 3 de Gernika , en los autos de modificación de Medidas Definitivas nº 22/2014, debemos confirmar y confirmamos la misma, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.*

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de don Leovigildo con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 92.8 del Código Civil , norma que se considera infringida en relación con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia **compartida**, citando como sentencias de TS que la resolución judicial recurrida ha ignorado, las de 25 de noviembre de 2013, 29 de abril y la de 19 de julio de 2013.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 8 de julio de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Agustibn Sanz Arroyo, en nombre y representación de doña Dolores presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso..

3.- Habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para la **VISTA el día 15-12-2015**, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Leovigildo interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Dolores ; medidas que se adoptaron en juicio de divorcio concluido mediante sentencia del Juzgado de 30 de marzo de 2011 , confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 16 de marzo de 2012, interesando el cambio del régimen de guarda y custodia atribuido en exclusiva a la madre de los menores, Purificación (nacida el NUM000 de 2008), Aurora y Carlos Manuel (nacidos el NUM001 2010), a otro de guarda y custodia **compartida** por semanas alternas.

La sentencia dictada en la primera instancia desestimó la demanda en base al informe del equipo psicosocial que determinó que los menores están en una situación de estabilidad y que el contexto en el que se desenvuelven dista mucho de ser una situación de abordaje coparental, por lo que propone modificaciones en el reparto de los tiempos de estancias de los menores con cada progenitor, antes que a cambiar a un ejercicio compartido de la crianza, siendo que lo necesario es más colaboración parental.

La sentencia fue apelada y el recurso desestimado. En esencia reproduce los argumentos de primera instancia y señala que si bien es cierto que *"ambos progenitores han mantenido su conflicto alejado de los subsistemas filiales, y aun cuando consta el interés, actitud y aptitud por parte de ambos progenitores para el ejercicio de la custodia de sus hijos, así como el apego que sienten los menores por ambos, ligado a amplias visitas de los menores con el padre, la fuerza conflictividad que medió entre los progenitores con la ruptura matrimonial y la posterior judicialización de algunos conflictos, teniendo en cuenta principalmente el informe el Equipo Psicosocial de 13 de mayo de 2014, (que a su vez considera el anterior emitido el 17 de marzo de 2001 en el proceso de divorcio) no nos hacen apreciar el cambio a un custodia **compartida** lleve mayores beneficios para los menores"*. Añade que *" No se aprecian indicadores de un cambio de la convivencia de los menores en los términos interesados por el padre que lleven a algún beneficio para los mismos"* y que *" todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps"*.

**SEGUNDO.-** Se formula recurso de casación articulado en un único motivo en el que, tras citar como precepto legal infringido el artículo 92.8 del Código Civil , se alega existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Consta, dice, el interés y aptitud por parte de ambos progenitores para el ejercicio de la custodia de sus hijos, así como el apego que sienten los menores por ambos y no existe conflicto alguno en el ámbito de las visitas, las cuales se han desarrollado con normalidad. Asimismo indica que existe una comunicación bastante entre los progenitores; circunstancias todas ellas que determinan el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para fijar el régimen de guarda y custodia compartido; régimen que no tiene carácter excepcional y que de hecho existe ya puesto que en las vacaciones ya se produce tal circunstancia.

Se desestima.

La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia **compartida** es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda ( SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio , 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio , 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo ). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" ( STS 27 de abril 2012 , citada en la STS 370/2013 ). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

Pues bien, esta circunstancia no se da en este supuesto en el que la sentencia conoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia **compartida**, ha valorado el informe del equipo de psicólogos que consta en los autos, y ha considerado, sin contradicción alguna con la doctrina jurisprudencial, que lo más adecuado para los menores era el mantenimiento del régimen acordado en el procedimiento de divorcio, por lo que el recurso más parece dirigido a revisar las medidas acordadas en este juicio que a sustentar una pretensión de cambio de las mismas amparada en una valoración distinta del interés de los menores.

**TERCERO.-** Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la LEC .



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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de don Leovigildo , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 15 de diciembre de 2014 ; con expresa imposición de las costas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz .Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ