

**Roj:** STS 4342/2014 - **ECLI:**ES:TS:2014:4342

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 1

**Nº de Recurso:** 1359/2013

**Nº de Resolución:** 619/2014

**Fecha de Resolución:** 30/10/2014

**Procedimiento:** CIVIL

**Ponente:** FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

### **Cuestión:**

*Divorcio contencioso. Guarda y custodia del menor. Custodia compartida.*

---

### **Resumen:**

Divorcio contencioso. Guarda y custodia del menor. Recurso de casación. Sistema de custodia compartida: 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 y exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores. Recurso extraordinario por infracción procesal. Debe entenderse por motivación la exigencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi y su finalidad es exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional. Los defectos formales de la sentencia no determinan necesariamente la falta de motivación de la misma, basta con que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y permita su eventual revisión jurisdiccional. Carga de la prueba. No hay indefensión pues la denegación de la prueba en las dos instancias se debió a que el Tribunal de apelación partía, expresamente, de la igual capacidad de los dos progenitores para ostentar la custodia, por lo que consideró innecesaria la práctica de la prueba.

---

### **Encabezamiento**

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil catorce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en el recurso de apelación núm. 9739/2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 780/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera

Instancia número 3 de Dos Hermanas, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Rocío Morales Sanzano, en nombre y representación de don Gustavo , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Gracia López Fernández en calidad de recurrente, el procurador don Manuel Infante Sánchez en nombre y representación de doña Inés en calidad de recurrido y el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La procuradora doña Rocío Morales Sanzano, en nombre y representación de don Gustavo , interpuso demanda de juicio para la disolución matrimonial por divorcio que se sustanció por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en la LEC, contra doña Inés y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se «dicte en su día resolución estimatoria de esta demanda y por la que se declare el divorcio del matrimonio interesado, con todos los pronunciamientos legales inherentes a tal declaración y por la que se determinen como definitivas las siguientes medidas:

1ª. Se atribuya al menor hijo que va a nacer el uso y disfrute del que fuera domicilio familiar, sito en Dos Hermanas, Sevilla, CALLE000 número NUM000 , bloque NUM000 , planta NUM000 , puerta NUM001 , junto con el progenitor custodio, vivienda que será desalojada por la otra parte, llevándose consigo sus efectos estrictamente personales, cuando no le corresponda permanecer con el menor.

Cada parte hará frente a los gastos de uso del domicilio mientras permanezca en el mismo, incluido el seguro de hogar y la cuota de Comunidad de Propietarios.

2ª. El hijo del matrimonio continuará bajo la patria potestad de ambos progenitores, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de los menores.

3ª. La guardia y custodia sobre el hijo será compartida entre ambos progenitores y ello atendiendo a que uno y otro pueden brindar al niño un medio organizado y estable en todos los sentidos.

Cada progenitor permanecerá con el menor durante un año escolar, considerando que tal alternancia la iniciará Dña. Inés puesto que coincidirá con el período de lactancia del menor, de forma que permanecerá con el mismo desde el momento de su nacimiento hasta el comienzo del curso siguiente, septiembre de 2.010, momento en que comenzará D. Gustavo su período de atribución de guardia y custodia.

El progenitor que no conviva con el menor dispondrá del régimen de comunicaciones, estancias y visitas que a continuación se detalla, que será efectivo en defecto de todo otro acuerdo entre los comparecientes. Así, en caso de desacuerdo, dicho régimen será el siguiente:

A) Durante el período de lactancia del menor, o hasta que el mismo cumpla 1 año.

El padre permanecerá con el menor, considerando el hecho de la lactancia, durante dos horas, de lunes a viernes, dependiendo el horario exacto del cumplimiento de la tomas del hijo, relacionándose con éste de forma independiente en el domicilio que fue familiar donde reside el menor.

De igual forma se establece que podrá visitar a su hijo fines de semanas alternos, concretamente los sábados y domingos, en el mismo horario y condiciones antes establecidas.

B) A partir de que el menor cumpla 1 año.

El progenitor no custodio permanecerá con el menor la tarde de los martes y los jueves, desde la salida de la Guardería o del Centro Escolar hasta las 20:30 horas en época invernal y hasta las 21:30 horas en período estival, que será reintegrado al domicilio donde resida con el progenitor custodio.

De igual forma tendrá al hijo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida de la Guardería o del Colegio hasta el domingo a las 20:30 horas en época invernal y hasta las 21:30 horas en período estival.

Será el cambio horario que se produce a nivel estatal el que determine el período invernal o estival.

Igualmente, se unirán al fin de semana los denominados "Puentes Escolares", de forma que aquel progenitor que disfrute con su hijo del fin de semana, según la alternancia, permanecerá con el menor esos días.

Los días festivos ínter semanales serán repartidos entre ambos progenitores, iniciando la Sra. Inés el disfrute de la primera festividad, D. Gustavo de la siguiente y así sucesiva y alternativamente.

C) Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, Feria y Verano.

Cada progenitor tendrá consigo al menor la mitad de dichos períodos, interrumpiéndose durante los mismos las estancias señaladas en el apartado anterior y así:

*Navidad:* Se dividirá en dos períodos, el primero desde el día posterior a las vacaciones escolares a las 12 horas hasta el día 30 de diciembre a las 12 horas, y el segundo desde el 30 de diciembre a las 12 horas, hasta el día de la finalización de las vacaciones a las 14 horas. El progenitor al que no le haya correspondido el segundo período permanecerá con el menor desde las 14 horas hasta las 21 horas del día 6 de enero.

*Semana Santa.* Los períodos irán, desde el día de comienzo de las vacaciones, Viernes de Dolores, a las 17 horas, hasta el Miércoles Santo a las 12 horas, y el segundo desde el Miércoles Santo a las 12 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 19 horas.

*Feria de Dos Hermana.* Se repartirán los días festivos por mitad, teniendo en cuenta el calendario escolar que cada año tenga el menor.

*Verano:* Durante el periodo de vacaciones escolares de verano, cada progenitor permanecerá con su hijo la mitad de las mismas, computándose al efecto desde el día siguiente al inicio de las vacaciones hasta el día anterior al comienzo del curso.

A falta de acuerdo entre los progenitores respecto del tiempo de disfrute de cada uno de estos periodos, la madre tendrá preferencia en la elección durante los años pares y el padre en los años impares.

Las entregas y recogidas del menor podrán ser realizadas, en caso de imposibilidad de ambas partes, por algún miembro de la familia de ambos progenitores o cuidador/a del menor.

4ª. El progenitor no custodio abonará al otro, en concepto de pensión alimenticia para el hijo, la suma de Trescientos Euros (300 Euros) mensuales, en caso de que sea D. Gustavo quien no ostenta la guardia y custodia, y la suma de Doscientos Euros (200 Euros), cuando sea Dña. Inés quien los abona al padre, suma que será ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto designe el preceptor de la misma.

Dicha suma se revisará anualmente de acuerdo con las actualizaciones que se produzcan en el Índice de Precios al Consumo, que publica anualmente el Instituto Nacional de Estadística, o por cualquier Organismo que en el futuro lo sustituya, referido al mes de octubre de cada año.

Los gastos extraordinarios, relacionados con la educación y la salud del hijo, no cubiertos por el sistema público de Seguridad Social, serán abonados por mitad e iguales partes por ambos progenitores, siendo requisito previo necesario, lograr la conformidad en los conceptos, identidad del o de los facultativos y demás decisiones relevantes en estas materias. En caso de discrepancia habrá de ser determinada su naturaleza y necesidad judicialmente».

**2.-** El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicando al juzgado una sentencia «conforme a los hechos que resulten probados».

**3.-** La procuradora doña Virtudes Moreno García, en nombre y representación de doña Inés , contestó a la demanda e interpuso demanda reconvenicional.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «en la que se acuerde el divorcio de Da Inés y D. Gustavo , cesando cualesquiera poderes que los cónyuges pudieran haber otorgado el uno a favor del otro, con los efectos inherentes a tal estado adoptándose como definitivas, las siguientes medidas matrimoniales:

1) Que el hijo común del matrimonio queda bajo la custodia de Dª Inés , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores estableciéndose un régimen de visitas en favor del padre de 18 a 20 horas en los días martes, miércoles y jueves de todas las semanas.

2) Que el uso del domicilio conyugal junto con el mobiliario afecto al mismo sea atribuido a Da Inés , quien lo habitará en compañía de su hijo recién nacido, al ser el interés familiar mas necesitado de protección.

3) D. Gustavo está obligado a satisfacer mensualmente a mi mandante la cantidad de 500 euros mensuales como pensión de alimentos por el hijo recién nacido de ambos, así como la mitad de los gastos extraordinarios que éste genere, que

deberá abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizará anualmente según las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo, que anualmente se publiquen por el Instituto Nacional de Estadística u organismo, público o privado que en el futuro le sustituya.

4) En concepto de pensión compensatoria a favor de mi mandante la cifra de 200 euros mensuales, limitada por un periodo temporal de dos años, debiendo abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes y que serán revisables según las variaciones del Índice de Precios al Consumo, que anualmente se publiquen por el Instituto Nacional de Estadística u organismo, público o privado, que en el futuro le sustituya.

Todo ello por ser de justicia que respetuosamente pido».

En la demanda reconventional expone los hechos y fundamentos de derecho que estima convenientes y suplica al juzgado «se dicte sentencia por la que se condene a D. Gustavo a abonar a mi mandante la cantidad de 200 euros mensuales en concepto de pensión compensatoria con las correspondientes actualizaciones sujetas al I.P.C., limitada por un período temporal de dos años, todo ello por ser de justicia que respetuosamente pido».

**4.-** Por haberlo así acordado se une, a las actuaciones, el divorcio contencioso núm. 1112/2009 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Dos Hermanas, incoado por demanda de petición de divorcio con solicitud de medidas provisionales presentada por doña Inés y en la que solicitaba al juzgado «se dicte sentencia en la que se acuerde el divorcio de D.ª Inés y D. Gustavo , cesando cualesquiera poderes que los cónyuges pudieran haber otorgado el uno a favor del otro, con los efectos inherentes a tal estado adoptándose como definitivas, las siguientes medidas matrimoniales:

1) Que el hijo común del matrimonio queda bajo la custodia de D.ª Inés , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores estableciéndose un régimen de visitas en favor del padre de 18 a 20 horas en los días martes, miércoles y jueves de todas las semanas, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

2) Que el uso del domicilio conyugal junto con el mobiliario afecto al mismo sea atribuido a Da Inés , quien lo habitará en compañía de su hijo recién nacido, al ser el interés familiar más necesitado de protección.

3) D. Gustavo está obligado a satisfacer mensualmente a mi mandante la cantidad de 500 euros mensuales como pensión de alimentos por el hijo recién nacido de ambos, así como la mitad de los gastos extraordinarios que éste genere, que deberá abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizará anualmente según las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo, que anualmente se publiquen por el Instituto Nacional de Estadística u organismo, publico o privado que en el futuro le sustituya.

4) En concepto de pensión compensatoria a favor de mi mandante la cifra de 200 euros mensuales, limitada por un periodo temporal de dos años, debiendo abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes y que serán revisables según las variaciones del Índice de Precios al Consumo, que anualmente se publiquen por el Instituto Nacional de Estadística u organismo, público o privado, que

en el futuro le sustituya».

En dicha causa, incoada en su momento, consta contestación a la demanda de don Gustavo , en la que además de solicitar la acumulación a la presente causa, suplica al juzgado dicte en su día resolución por la que «se decrete la disolución por divorcio del matrimonio contraído por las partes, estableciéndose como medidas definitivas las interesadas por esta parte en su demanda, que reiteramos:

1º Se atribuya al menor hijo Carlos el uso y disfrute del que fuera domicilio familiar, sito en Dos Hermanas, Sevilla, CALLE000 , número NUM000 , bloque NUM000 , planta NUM000 , puerta NUM001 , junto con el progenitor custodio, vivienda que será desalojada por la otra parte, llevándose consigo sus efectos estrictamente personales, cuando no le corresponda permanecer con el menor.

Cada parte hará frente a los gastos de uso del domicilio mientras permanezca en el mismo, incluido el seguro de hogar y la cuota de Comunidad de Propietarios.

2º. El hijo del matrimonio continuará bajo la patria potestad de ambos progenitores, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio del menor.

3º. La guardia y custodia sobre el hijo será compartida entre ambos progenitores y ello atendiendo a que uno y otro pueden brindar al niño un medio organizado y estable en todos los sentidos.

Cada progenitor permanecerá con el menor durante un año escolar, considerando que tal alternancia la iniciará Dña. Inés puesto que coincidirá con el período de lactancia del menor, de forma que permanecerá con el mismo desde el momento de su nacimiento hasta el comienzo del curso siguiente, septiembre de 2.010, momento en que comenzará D. Gustavo su período de atribución de guardia y custodia.

El progenitor que no conviva con el menor dispondrá del régimen de comunicaciones, estancias y visitas que a continuación se detalla, que será efectivo en defecto de todo otro acuerdo entre los comparecientes. Así, en caso de desacuerdo, dicho régimen será el siguiente:

A) Durante el período de lactancia del menor, o hasta que el mismo cumpla 1 año.

El padre permanecerá con el menor, considerando el hecho de la lactancia, durante dos horas, de lunes a viernes, dependiendo el horario exacto del cumplimiento de las tomas del hijo, relacionándose con éste de forma independiente en el domicilio que fue familiar donde reside el menor.

De igual forma se establece que podrá visitar a su hijo fines de semanas alternos, concretamente los sábados y domingos, en el mismo horario y condiciones antes establecidas.

B) A partir de que el menor cumpla 1 año.

El progenitor no custodio permanecerá con el menor la tarde de los martes y los jueves, desde la salida de la Guardería o del Centro Escolar hasta las 20:30 horas en época invernal y hasta las 21:30 horas en período estival, que será reintegrado al

domicilio donde resida con el progenitor custodio.

De igual forma tendrá al hijo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida de la Guardería o del Colegio hasta el domingo a las 20:30 horas en época invernal y hasta las 21:30 horas en período estival.

Será el cambio horario que se produce a nivel estatal el que determine el período invernal o estival.

Igualmente, se unirán al fin de semana los denominados "Puentes Escolares", de forma que aquel progenitor que disfrute con su hijo del fin de semana, según la alternancia, permanecerá con el menor esos días.

Los días festivos ínter semanales serán repartidos entre ambos progenitores, iniciando la Sra. Inés el disfrute de la primera festividad, D. Gustavo de la siguiente y así sucesiva y alternativamente.

#### C) Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, Feria y Verano.

Cada progenitor tendrá consigo al menor la mitad de dichos períodos, interrumpiéndose durante los mismos las estancias señaladas en el apartado anterior y así:

*Navidad:* Se dividirá en dos períodos, el primero desde el día posterior a las vacaciones escolares a las 12 horas hasta el día 30 de diciembre a las 12 horas, y el segundo desde el 30 de diciembre a las 12 horas, hasta el día de la finalización de las vacaciones a las 14 horas. El progenitor al que no le haya correspondido el segundo período permanecerá con el menor desde las 14 horas hasta las 21 horas del día 6 de enero.

*Semana Santa.* Los períodos irán, desde el día de comienzo de las vacaciones, Viernes de Dolores, a las 17 horas, hasta el Miércoles Santo a las 12 horas, y el segundo desde el Miércoles Santo a las 12 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 19 horas.

*Feria de Dos Hermana.* Se repartirán los días festivos por mitad, teniendo en cuenta el calendario escolar que cada año tenga el menor.

*Verano:* Durante el período de vacaciones escolares de verano, cada progenitor permanecerá con su hijo la mitad de las mismas, computándose al efecto desde el día siguiente al inicio de las vacaciones hasta el día anterior al comienzo del curso.

A falta de acuerdo entre los progenitores respecto del tiempo de disfrute de cada uno de estos períodos, la madre tendrá preferencia en la elección durante los años pares y el padre en los años impares.

Las entregas y recogidas del menor podrán ser realizadas, en caso de imposibilidad de ambas partes, por algún miembro de la familia de ambos progenitores o cuidador/a del menor.

4º. El progenitor no custodio abonará al otro, en concepto de pensión alimenticia para el hijo, la suma de Trescientos Euros (300 Euros) mensuales, en caso

de que sea D. Gustavo quien no ostenta la guardia y custodia, y la suma de Doscientos Euros (200 Euros), cuando sea Dña. Inés quien los abona al padre, suma que será ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto designe el preceptor de la misma.

Dicha suma se revisará anualmente de acuerdo con las actualizaciones que se produzcan en el Índice de Precios al Consumo, que publica anualmente el Instituto Nacional de Estadística, o por cualquier Organismo que en el futuro lo sustituya, referido al mes de octubre de cada año.

Los gastos extraordinarios, relacionados con la educación y la salud del hijo, no cubiertos por el sistema público de Seguridad Social, serán abonados por mitad e iguales partes por ambos progenitores, siendo requisito previo necesario, lograr la conformidad en los conceptos, identidad del o de los facultativos y demás decisiones relevantes en estas materias. En caso de discrepancia habrá de ser determinada su naturaleza y necesidad judicialmente».

**5.-** Unidas las actuaciones reseñadas en el punto anterior a las que dan lugar al presente recurso y continuando el trámite del procedimiento de primera instancia la procuradora doña Rocío Morales Sanzano, en nombre y representación de don Gustavo , contestó a la demanda reconvenional planteada de contrario con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó oportunos y suplicó al juzgado «dicte en su día resolución estimatoria de la demanda principal y por la que se declare el divorcio del matrimonio interesado, con todos los pronunciamientos legales inherentes a tal declaración y por la que se determinen como definitivas las medidas solicitadas en el suplico de la demanda que ha dado lugar a las presentes actuaciones».

**6.-** El fiscal contesta a la reconvenición reproduciendo los articulados en su contestación a la demanda principal y suplicando al juzgado «se dicte sentencia conforme a los hechos que resulten probados».

**7.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Dos Hermanas se dictó sentencia, con fecha 2 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO*

*Que estimando parcialmente la demanda de divorcio formulada por la Procuradora Sra. MORALES SANZANO en nombre y representación de D. Gustavo frente a D.<sup>a</sup> Inés así como desestimando la demanda reconvenional presentada por la Procuradora Sra. MORENO GARCÍA en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Inés frente a D. Gustavo :*

*Primero.- Debo declarar y declaro la disolución, por causa de divorcio, del matrimonio formado por D.<sup>a</sup> Inés y D. Gustavo con todos los efectos legales inherentes a tal declaración así como en su caso, la disolución del régimen económico matrimonial.*

*Segundo.- Debo aprobar y apruebo como medidas complementarias definitivas:*

*- La guarda y custodia del hijo menor se atribuye a la madre siendo la patria potestad compartida.*



- El uso y disfrute de la vivienda conyugal, así como del mobiliario existente en la misma, se atribuye al hijo menor de edad en compañía de D.<sup>a</sup> Inés pudiendo el otro cónyuge retirar mismo, los objetos de su uso personal y de su exclusiva pertenencia. El préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar será abonado en su integridad por el actor-reconvenido. Los gastos derivados del uso ordinario como agua, luz y teléfono serán satisfechos por la demandada. Los impuestos que incidan sobre el inmueble serán abonados por el actor.

- Por el capítulo de alimentos al hijo menor, D. Gustavo abonará a D.<sup>a</sup> Inés por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, y en la cuenta bancaria que al efecto designe aquélla, la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS (350 euros) suma que serán anualmente actualizadas según las variaciones que experimente el Índice de precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. De igual modo cada progenitor abonará la mitad de los gastos extraordinarios que afecten al hijo menor previa justificación, pudiendo ser tales como odontólogos, ortodoncia, gafas, prótesis o a enfermedades o atenciones especiales, médicos, escolares o extraescolares o académicos.

- No se fija ninguna cantidad en concepto de pensión compensatoria.

- En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, el padre podrá estar en compañía del menor, los martes y jueves de cada semana, desde la salida del trabajo, no antes de las 15:00 horas hasta las 20:30 horas, así como los fines de semana alternos, desde las 11:30 horas del sábado hasta las 20:30 horas del domingo, con pernocta, debiendo el menor ser recogido y reintegrado en el domicilio materno. Para las navidades de este año 2010, se establecerá el régimen siguiente en cuanto a este extremo - siendo año par le correspondería el primer periodo de disfrute a la madre -, recogida por el padre el 31 a las 12:00 horas y pernocta con el mismo, siendo llevado el menor al domicilio materno el 1 a las 20:30 horas y recogida el 2 a las 10:00 horas, pernocta con el padre hasta el 3 a las 20:30 horas y recogida del menor por el padre el día 4 a las 10:00 horas con pernocta para el padre hasta el día 6, entrando a aplicarse en cuanto a tal día lo reseñado a continuación. Transcurrido este primer año, se aplicará para los venideros el régimen general que se pasa a exponer en cuanto a tales periodos vacacionales.

- En Navidad, los años pares corresponderán a la madre desde las 12:00 horas del 23 Diciembre hasta las 12:00 horas del 31 del mismo mes y al padre desde las 12:00 horas del 31 Diciembre hasta las 12:00 horas del 6 de Enero. En los impares se hará a la inversa. En el periodo comprendido entre las 12:00 horas y las 20:00 horas del 6 Enero, el menor estará en compañía del progenitor con quien no haya estado hasta las 12:00 horas de dicho día. En Semana Santa, los años pares corresponderá a la madre desde las 12:00 horas del Sábado víspera del domingo de ramos hasta las 17:00 horas del miércoles de Semana Santa y al padre desde las 17:00 horas del Miércoles hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección. En los años impares se hará a la inversa. En verano el padre podrá tener al menor por quincenas alternas, disfrutando la primera el padre en los años pares y la segunda la madre, y en los impares a la inversa. Los días de especial significación en la vida del menor serán compartidos por mitad entre ambos progenitores. El menor será recogido y reintegrado en el domicilio materno.

Tercero.- Acordar que la presente resolución se comunique al Registro Civil de SEVILLA para que se proceda a su inscripción al margen de la de matrimonio.

*Cuarto.- No cabe pronunciamiento expreso en cuanto a costas.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante y demandada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*

*Desestimando los recursos de apelación interpuestos confirmamos la sentencia de 2 de diciembre de 2010 , sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.*

**TERCERO** .- **1.-** D. Gustavo , demandante en autos, a través de su representación procesal, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la audiencia basándose en los motivos expuestos a continuación.

Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal:

Primero.- Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1.2º y 4º de la LEC. Defecto en la forma de motivar la sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 209.3 y 218.2 de la LEC, y art. 120.3 de la Constitución, que supone una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 234.1 de la Constitución, concretamente una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1.2º y 4º de la LEC. Defecto en la forma de motivar la sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 218.2 de la LEC, y el art. 120.3 de la Constitución, por interpretación errónea de la legalidad vigente infringiendo lo establecido en el art. 209.3, que suponen una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, concretamente una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Tercero.- Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1.2º y 4º de la LEC, concretándose el motivo en la aplicación errónea de las reglas de distribución de la carga de la prueba, contraviniendo lo establecido en el art. 217.2 y 3 de la indicada LEC, que suponen una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, concretamente una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Cuarto.- Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1. 4º de la LEC. Defecto en la interpretación de los arts. 281 y 283 de la LEC, en relación con los arts. 445 y 752 del mismo cuerpo legal, por cuanto que se considera impertinente o inútil la actividad probatoria propuesta por esta representación en relación a los hechos que guardan relación con el proceso, (la atribución de una custodia compartida), denegando la utilización de los medios de prueba debidamente propuestos y que suponen una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24,2 de la Constitución, concretamente, en cuanto a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

El recurso de casación se basa en el siguiente motivo:

Único.- Al estar comprendido en el supuesto establecido en el art. 477.2-3º de la

LEC, de conformidad con el punto 3 del mismo, al existir interés casacional centrado en la oposición o desconocimiento o aplicación incorrecta en la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencias de la Sala Primera, STS 623/2009 (rec. nº 1471/2008), de 8 de octubre, STS 94/2010 (rec. nº 54/2008), de 11 de marzo; STS 576/2010 (rec. nº 681/2007), de 1 de octubre y STS 323/2012 (rec. nº 1395/2010), de 25 de mayo, que exponen lo que se considera y como se protege adecuadamente el interés superior del menor, recogido en el artículo 92, apartados 6, 8 y 9 del Código Civil, en un sistema de guarda y custodia compartida y por derivación de los artículos 93, 94 y 96 del Código Civil.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de noviembre de 2013 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos efectos.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de doña Inés, presentó escrito de oposición al mismo adjuntando documentos y el Fiscal expuso la jurisprudencia de esta Sala.

**3.-** Por la representación procesal del recurrente se presentó escrito adjuntando una sentencia de modificación de medidas reciente del juzgado núm. 3 de Dos Hermanas en la que se llegó a acuerdo de las partes en el acto de la vista.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de octubre del 2014, 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 demandante y demandada (se acumularon dos demandas) contrajeron matrimonio en 2007, relación de la que nació un hijo nacido el NUM002 de 2009.

La primera demanda de divorcio la interpuso el esposo cuando aún no había nacido el hijo.

Las sentencias de primera y segunda instancia convienen en que ambos progenitores están capacitados para ostentar la guarda y custodia del menor, confiando la custodia a la madre y fijando un régimen de visitas a favor del padre.

El Ministerio Fiscal ante esta Sala solicitó la casación de la sentencia, a los efectos de establecer el régimen de custodia compartida.

**SEGUNDO** .- La Sra. Inés presentó junto con su escrito de oposición al recurso de casación, un auto de medidas provisionales en procedimiento de modificación de medidas, que fijaba como lugar de entrega el domicilio de los abuelos paternos y suprimía los contactos telefónicos del padre con el menor, en base a unas transcripciones de llamadas telefónicas que entendía la juzgadora como agresivas, en base a lo que había deducido testimonio para el Juzgado de Violencia contra la mujer.

Por el Sr. Gustavo (demandante) y por el Ministerio Fiscal se opusieron a la admisión de la documental y el demandante acompañó, además, copia del acta del juicio y de la sentencia de modificación de medidas en la que ambas partes, de común acuerdo, convenían mantener como punto de encuentro para la entrega y recogida del menor, el domicilio de los abuelos paternos y fijaban un régimen de conversaciones telefónicas.

El Fiscal ante el Juzgado se opuso al sistema de custodia compartida.

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, evacuado ante esta Sala, no procede admitir la documental referida, en cuanto que no guarda relación con el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 471.2 de la LEC).

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**TERCERO** .- *Motivo primero. Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1.2<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> de la LEC . Defecto en la forma de motivar la sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 209.3 y 218.2 de la LEC , y art. 120.3 de la Constitución , que supone una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 234.1 de la Constitución , concretamente una vulneración de la tutela judicial efectiva.*

*Motivo segundo. Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1.2<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> de la LEC . Defecto en la forma de motivar la sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 218.2 de la LEC , y el art. 120.3 de la Constitución , por interpretación errónea de la legalidad vigente infringiendo lo establecido en el art. 209.3, que suponen una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la Constitución , concretamente una vulneración de la tutela judicial efectiva.*

Se desestiman ambos motivos, que se analizan conjuntamente .

Se alega por el recurrente, en el primer motivo, que no se motiva suficientemente la razón por la que se adopta un sistema contrario al de custodia compartida.

En el segundo motivo combina la falta de motivación con la interpretación errónea de la legalidad aplicable, argumento este último que solo es propio del recurso de casación.

Como declara, entre otras la sentencia 11/11/2010, recurso núm.: 2048/2006, debe entenderse la motivación como la exigencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* [razón decisoria] (SSTC 119/2003, de 16 de junio; 75/2005, de 4 de abril; 60/2008, de 26 de mayo), su finalidad es exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional -SSTS de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000-, así como la crítica de la decisión y su asimilación por el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que incumbe a todos los poderes públicos. (STS 04/12/2007, RC n.º 4051/2000).

Los defectos formales de la sentencia no determinan necesariamente la falta de motivación de la misma, basta con que la motivación ponga de manifiesto que la

decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y permita su eventual revisión jurisdiccional, como es caso ya que la sentencia impugnada ha exteriorizado suficientemente las razones en las que se basa la decisión judicial. Como declaran las SSTC 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo, el juicio de suficiencia de motivación ha hacerse atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, en el conjunto de actuaciones y decisiones que han conformado el debate procesal, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso.

Aplicada esta doctrina al caso de autos hemos de declarar que en la sentencia recurrida de forma clara y expresa se motiva el fundamento de su resolución, cuando establece que no aprecia ninguna razón para adoptar el sistema de custodia compartida, que el sistema de custodia adoptado provisionalmente funcionó beneficiosamente para el menor, unido ello a un régimen de visitas con pernocta que posibilitaba el contacto con el padre.

Sin perjuicio de que la motivación sea o no aceptable, es forzoso declarar que sí ha existido una explicación razonable de los motivos de la decisión judicial.

**CUARTO** .- *Motivo tercero. Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469.1.2º y 4º de la LEC, concretándose el motivo en la aplicación errónea de las reglas de distribución de la carga de la prueba, contraviniendo lo establecido en el art. 217.2 y 3 de la indicada LEC, que suponen una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, concretamente una vulneración de la tutela judicial efectiva.*

Se desestima el motivo.

Pretende la parte recurrente que la Sra. Inés no acreditó la existencia de conflictividad y que ello no puede deducirse de la prueba practicada.

Este aserto no tiene relación alguna con la carga de la prueba, en cuanto imputación de la responsabilidad consiguiente por la ausencia de prueba, sino que confunde la carga de la prueba con la pretendida motivación ilógica, por lo que debe rechazarse el motivo, al no invocar el art. 218 LEC.

**QUINTO** .- *Motivo cuarto. Infracción de normas o garantías procesales reguladoras de la sentencia, según lo establecido en el art. 469,1. 4º de la LEC. Defecto en la interpretación de los arts. 281 y 283 de la LEC, en relación con los arts. 445 y 752 del mismo cuerpo legal, por cuanto que se considera impertinente o inútil la actividad probatoria propuesta por esta representación en relación a los hechos que guardan relación con el proceso, (la atribución de una custodia compartida), denegando la utilización de los medios de prueba debidamente propuestos y que suponen una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24,2 de la Constitución, concretamente, en cuanto a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.*

Se desestima el motivo.

Se alega indefensión al no habersele permitido la práctica de un informe psicosocial.

Debe rechazarse la pretendida indefensión pues la denegación de la prueba en las dos instancias se debió a que el Tribunal de apelación partía, expresamente, de la igual capacidad de los dos progenitores para ostentar la custodia, por lo que consideró innecesaria la práctica de la prueba, que el art. 92 del C. Civil tiene como facultativa, aunque es de reconocer su importancia en la mayoría de los casos.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**SEXTO** .- *Motivo único. Al estar comprendido en el supuesto establecido en el art. 477.2-3º de la LEC , de conformidad con el punto 3 del mismo, al existir interés casacional centrado en la oposición o desconocimiento o aplicación incorrecta en la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencias de la Sala Primera, STS 623/2009 (rec. nº 1471/2008), de 8 de octubre , STS 94/2010 (rec. nº 54/2008), de 11 de marzo ; STS 576/2010 (rec. nº 681/2007), de 1 de octubre y STS 323/2012 (rec. nº 1395/2010), de 25 de mayo , que exponen lo que se considera y como se protege adecuadamente el interés superior del menor, recogido en el artículo 92, apartados 6 , 8 y 9 del Código Civil , en un sistema de guarda y custodia compartida y por derivación de los artículos 93, 04 y 96 del Código Civil .*

Se desestima el motivo .

Se alega por el recurrente que en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, dado que declara que no aprecia motivos para conceder la custodia compartida. Sin embargo, añade el recurrente, este es el sistema que la jurisprudencia establece como normal, y que se descartaría cuando concurriesen razones que lo justificase, las cuales no han sido expresadas en la sentencia recurrida.

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 concurran 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 concurran 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 ).*

En la sentencia recurrida se parte de la aptitud de ambos padres, pero por referencia a la sentencia del juzgado se asume la situación de conflictividad como perjudicial para el interés del menor, lo que desaconsejaría la adopción del sistema de custodia compartida.

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 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.

En base a lo expuesto, y no entendiendo que lo solicitado en el recurso sea beneficioso para el interés del menor, se ha de desestimar la impugnación confirmando la sentencia recurrida.

**SÉPTIMO** .- Desestimados el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación 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. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por D. Gustavo, representado por el Procuradora D.<sup>a</sup> Gracia López Fernández, contrasentencia de 18 de marzo de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla.

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

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, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. 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.