

EDJ 2014/182544

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-10-2014, nº 576/2014, rec. 164/2014
Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

Resumen

Divorcio. Modificación de medidas. Guarda y custodia. El TS estima el recurso de casación interpuesto por el esposo demandante y acuerda un régimen de guarda y custodia compartida sobre el menor, dejando expresamente desafectada la vivienda que fue familiar. Declara la Sala que el régimen de visitas, en su día establecido, se ha ido flexibilizando, de tal manera que el cuidado del hijo está prácticamente repartido, adaptándose el menor a la nueva situación y deseando estar más tiempo con su padre, por lo que es más beneficioso para él fijar una custodia compartida, que evita el sentimiento de pérdida y estimula la cooperación de los padres. La vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa en cuanto a su uso y disfrute, pues el interés de la madre no es el más necesitado de protección, sometiéndose al correspondiente proceso de liquidación (FJ 2 y 3).

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.92.5 , art.92.6 , art.92.7 , art.96

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Custodia compartida

Atribución de la vivienda familiar

Supuestos diversos

Procedimiento de modificación de medidas

En general

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Casación

Infracción de ley o jurisprudencia

Violación de la ley

Cuestiones generales

Violación de jurisprudencia

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.90, art.92.5, art.92.6, art.92.7, art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Cita art.394, art.398, art.399, art.477.3, art.753 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.9 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita art.5, art.6, art.7, art.92 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Casa SAP Madrid de 21 noviembre 2013 (J2013/254269)
Citada por SAP La Rioja de 30 julio 2015 (J2015/147893)
Citada por SAP A Coruña de 17 septiembre 2015 (J2015/172219)
Citada por SAP León de 10 septiembre 2015 (J2015/172428)
Citada por SAP León de 11 septiembre 2015 (J2015/185194)
Citada por SAP Guadalajara de 8 octubre 2015 (J2015/186412)
Citada por SAP Ourense de 13 noviembre 2015 (J2015/228591)
Citada por SAP A Coruña de 14 mayo 2015 (J2015/83051)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 2 julio 2014 (J2014/105259)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 25 abril 2014 (J2014/67110)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 19 julio 2013 (J2013/149996)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Procedimiento de modificación de medidas - En general, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STC Pleno de 17 octubre 2012 (J2012/224014)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 9 marzo 2012 (J2012/48506)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 21 julio 2011 (J2011/155184)

Cita sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 22 julio 2011 (J2011/155183)

Consultas

País Vasco. Custodia compartida en caso de menor lactante

Bibliografía

Citada en "Hacia la normalización de la custodia compartida"

Versión de texto vigente **Texto actualmente vigente**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 1347/2012 de la Sección núm. 22 de la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2013/254269, como consecuencia de autos de juicio verbal, núm. 1059/2011, incoado por demanda para modificación de medidas definitivas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Javier Campal Crespo en nombre y representación de don Virgilio, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y el procurador don Luis de Villanueva Ferrer en nombre y representación de Amelia en calidad de recurrido y siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Javier Campal Crespo, en nombre y representación de don Virgilio interpuso demanda para modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio, contra Dª Amelia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia «en la que se acuerden las siguientes medidas:

1.- Responsabilidad parental conjunta del menor con sus progenitores, asimilable a la patria potestad.

Asimismo, solicitamos que las decisiones de trascendencia que afecten a los hijos, sean adoptadas de común acuerdo entre ambos progenitores, tales como:

i) Decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia de los menores.

ii) Posteriores traslados de domicilio de los menores.

iii) Elección de centro escolar o institución de enseñanza y sus cambios ulteriores.

iv) Orientación educativa, religiosa o laica.

v) Sometimiento de los menores a tratamientos médicos preventivos, curativos o quirúrgicos, así como elección del pediatra, salvo en los supuestos de urgente necesidad.

vi) Elección de actividades extraescolares de carácter deportivo, formativo o lúdico que realicen los menores.

2.- La guarda y custodia del menor debe ser atribuida de manera alternativa, proponiendo esta parte que cada progenitor tenga al menor semanas alternas, desde el domingo a las 20 horas, en que será recogido en el domicilio del otro progenitor por aquel con quien vaya a pasar la siguiente semana, hasta el domingo siguiente a las 20 horas en que será recogido en la vivienda en la que se encuentre.

En cualquier caso, don Virgilio está dispuesto a aceptar otro régimen de custodia compartida, en caso de que sea considerado más beneficioso para el menor por Su Señoría o más adecuado a su edad por el equipo psicossocial adscrito al Juzgado.

A fin de determinar que este régimen de guarda es el idóneo, será necesario valorar la relación que los padres tienen entre sí y con su hijo, y por tanto, habrá de acordarse la práctica de la prueba pericial psicossocial.

3.- En cuanto a las vacaciones escolares, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo, a falta de acuerdo:

- Vacaciones de Semana Santa: la primera mitad a la madre en los años impares y la segunda en los años pares y a la inversa al padre. El menor será recogido por el progenitor al que le corresponda la primera parte de las vacaciones a la salida del colegio el último día lectivo y por el progenitor al que le corresponda la segunda parte de las vacaciones, en el domicilio del progenitor al que le haya correspondido la primera parte de las vacaciones, el Miércoles Santo a las 17 horas y será reintegrado a la entrada del centro escolar el primer día lectivo tras el periodo vacacional por el otro progenitor.

- Vacaciones de Navidad: el primer período corresponderá desde la salida del colegio el último día lectivo de diciembre hasta el 30 de diciembre a las 19 horas (que corresponde a la madre los años impares y al padre los pares) y el segundo desde ese momento hasta el primer día lectivo de enero a la entrada del colegio (que corresponde a la madre los años pares y al padre los impares). El menor será recogido el día 30 de diciembre a las 19 horas en el domicilio del progenitor con el que hayan pasado la primera mitad de las vacaciones por el progenitor al que corresponde la segunda mitad.

- Vacaciones de Verano: comprenden los meses de julio y agosto y se repartirán por mitad entre los progenitores correspondiendo, a falta de acuerdo entre las partes, la primera quincena de los meses de julio y agosto a la Sra. Amelia los años impares (desde el día 1 a las 11 horas hasta el 16 a las 11 horas) y la segunda quincena de los meses de julio y agosto al Sr. Virgilio desde las 11 horas del día 16 a las 11 horas del día 1) y a la inversa los años pares, siendo el menor recogido en el domicilio del progenitor con el que se encuentre en cada momento por aquel al que le corresponda el siguiente período vacacional.

- Durante los días no lectivos de junio y septiembre, regirá el sistema ordinario de custodia.

- Durante los períodos vacacionales de Semana Santa y Navidad y durante los meses de julio y agosto, se suspende el sistema de guarda alternativa por semanas, de tal manera que corresponde al progenitor que no haya estado con el menor la última semana antes de comenzar las vacaciones, la primera semana existente tras el período vacacional.

En cualquier caso, don Virgilio está dispuesto a aceptar otro régimen de custodia compartida, en caso de que sea considerado más beneficioso para el menor por Su Señoría o más adecuado a su edad por el equipo psicossocial adscrito al Juzgado.

4.- Que se proceda a la desafectación de la vivienda familiar respecto al uso que se le dio inicialmente, al convivir la Sra. Amelia en dicho domicilio con un tercero de forma HABITUAL, ESTABLE y PERMANENTE EN EL TIEMPO.

5.- Cada progenitor hará frente en solitario a los gastos de alimentación y vestido del menor, cuando lo tenga en su compañía, así como a los gastos de habitación de la vivienda en la que resida en cada momento.

Las partes abrirán una cuenta conjunta en la que cada progenitor abonará la cantidad de 175 euros mensuales que serán actualizados anualmente conforme al IPC u organismo nacional autorizado para que lo sustituya, en la que se cargará el recibo de comedor, así como el de otros gastos extraordinarios del hijo que puedan surgir y que las partes abonarán al 50% previo consentimiento expreso de ambos respecto al concepto y a la cuantía del mismo.

6.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, solicita esta parte que se practique con anterioridad a la vista principal, prueba psicossocial consistente en que el gabinete psicossocial adscrito al juzgado previo examen de don Virgilio y D^a Amelia y del menor Jeronimo, se lleve a cabo un dictamen en el que, tras informar sobre los extremos que a continuación se exponen, se formule un pronunciamiento acerca de la posibilidad de otorgar la guarda y custodia del hijo común de manera alternativa a los progenitores.

Dicho informe deberá versar sobre:

a). Análisis de la personalidad de los progenitores, niveles de aceptación familiar, social y emocional.

b). Estudio de las habilidades como padres con respecto al cuidado y educación del menor.

c). Análisis de la relación del hijo con cada progenitor».

2.- Admitida a trámite la demanda se sustanció por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 753 LEC EDL 2000/77463 , emplazando al Ministerio Fiscal y a la parte demandada.

3.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes remitiéndose al resultado de la prueba para su valoración definitiva en el momento procesal oportuno y suplicando al juzgado se dicte sentencia «de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

4.- El procuradora don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de D^a Amelia, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «desestimando las peticiones de contrario y manteniendo las medidas acordadas en su día en la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 29 de Madrid el día 3 de mayo de 2006, condenando a D. Virgilio al pago de las costas del presente procedimiento por temeridad y mala fe».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO.

Que desestimando la demanda interpuesta pro el Procurador de los Tribunales Sr. Campal Crespo en nombre y representación de D. Virgilio, frente a D^a Amelia representada por el Procurador Sr. Ferrer Recuero debo declarar y declaro que no ha lugar a la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado con fecha 3 de mayo de 2006 en los autos de divorcio contencioso con num. 69/06, debiendo continuar ambos progenitores con arreglo a las medidas contenidas en dicha sentencia, a salvo de las visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio que se regirán desde la presente resolución por el régimen ya acordado en sentencia en cuanto a vacaciones escolares, puentes, comunicación telefónica y epistolar y al que se añade en cuanto a fines de semana y días intersemanales: que los miércoles que pasaba el hijo con el padre sean con pernocta, retornándolo el padre al colegio al día siguiente y que los fines de semana alternos que el padre pase en compañía del menor, serán de viernes a la salida del Colegio al lunes por la mañana en que lo llevará el padre directamente al centro escolar, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas a ninguna de las partes.

Dado el resultado de la presente litis, no se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes, de conformidad con el art. 394 LEC EDL 2000/77463 .

SEGUNDO.-.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del actor don Virgilio, la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de noviembre de 2013 EDJ 2013/254269 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS.

Que estimando en parte el recurso formulado por la representación procesal de D. Virgilio, contra la sentencia dictada en fecha 7 de marzo de 2012 por el Juzgado de Familia num. 29 de Madrid, en autos de modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio, seguidos bajo el num. 1059/11 entre dicho litigante y D^a Amelia, que debemos revocar en parte acordando las siguientes medidas:

1º El menor estará con su padre los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio al lunes por la mañana que le retornará al centro escolar.

Igualmente estará con él todos los miércoles por la tarde, desde la salida del colegio al jueves por la mañana que le retornará al centro escolar.

En las semanas que no le ha correspondido al menor pasar el fin de semana con su padre, estará con su padre desde que termine la visita con su abuela hasta el martes que el padre le retornará al colegio.

2º Se confirma las restantes medidas acordadas en sentencia, relativas a la guarda y custodia del hijo menor Jeronimo, la patria potestad compartida, el régimen de estancias de los períodos vacacionales escolares y el uso de la vivienda familiar.

No procede hacer condena en costas.

TERCERO.-.- 1.- Por la representación procesal del actor don Virgilio se interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.- En cuanto a la guarda y custodia del menor: La sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo, en cuanto que no tutela el derecho supremo del menor "favor filii" a mantenerse en el régimen de custodia compartida, porque el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, tal y como afirma el STS 1547/2012 de 9 de marzo con cita de las sentencias del TS 579/2011, de 22 de julio y 5787/2011 de 21 de julio. La razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que es más favorable para el menor.

Segundo.- En cuanto al uso del domicilio familiar: Se interpone el presente recurso de casación en base al motivo contenido en el art. 477.2.3 º y 477.3 de la LEC EDL 2000/77463 habida cuenta que la sentencia recurrida resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 3 de junio de 2014 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.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y representación de D^a Amelia, y el Ministerio Fiscal se opusieron al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de octubre del 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se declara probado en la segunda instancia y no contradicho que:

1º.- Las partes tienen un hijo Jeronimo, nacido el NUM000 -2002.

2º.- Se dictó sentencia de divorcio con fecha 3-5-2006, en la que se atribuye la custodia compartida a la madre, la patria potestad compartida, y un régimen de visitas con el padre de los fines de semana alternos desde el viernes al domingo, y una tarde a la semana y la mitad de las vacaciones escolares, y se atribuye el uso del domicilio familiar al menor y a la madre como progenitora custodia.

3º.- Por sentencia de 21 de noviembre de 2006, se acordaron visitas del menor con sus abuelos paternos de una tarde a la semana, los lunes.

4º.- La madre reconoce que convive en el domicilio con su actual pareja de manera permanente y con la hija de este cuando al padre le corresponden las estancias y visitas, sin que se acredite qué gastos del domicilio abona por su estancia en el mismo.

5º.- La realidad es que el régimen de visitas y estancias del hijo menor con su padre, se han ido flexibilizando y aumentando y en la actualidad pernocta con su padre todos los miércoles.

6º.- El menor se encuentra bien adaptado a la situación, mantiene buena relación con toda la familia, y los allegados a sus padres, y desea pasar más tiempo con su padre.

7º.- Entre los progenitores no existe acuerdo en que se comparta la custodia de su hijo.

Con independencia del nombre que los padres den a la situación actual del cuidado de su hijo, lo cierto es que prácticamente está repartida su custodia entre los dos progenitores, lo que demuestra que los padres han sabido ser flexibles y generosos, ayudando a que el menor pueda compartir más con sus dos progenitores, y que cada uno de ellos le atiende cuando se encuentra consigo, encontrándose Jeronimo bien adaptado a esta situación, desea estar más tiempo con su padre, sin perjuicio de que no quiera que existan conflictos entre ellos por custodia.

Por la ponente de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial EDJ 2013/254269 se efectuó la exploración del menor, que no se realizó en la primera instancia.

Por el Juzgado de Primera Instancia se desestimó la demanda de modificación de medidas, dado que al no haber acuerdo entre las partes para la custodia compartida ello podría generar continuos conflictos. Ante el Juzgado el Ministerio Fiscal solicitó la atribución de la custodia a la madre.

En la sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2013/254269 se entiende que se alegaron dos hechos nuevos para motivar la modificación de medidas, uno, que el padre ha venido disfrutando de la compañía del hijo de forma mucho más amplia, y, dos, que la madre convive maritalmente con una tercera persona, que a su vez tiene una hija. En la sentencia se desestimó el sistema de custodia compartida y subsidiariamente se amplió el régimen de visitas. Se entendió que los dos motivos alegados y referidos no tenían carácter sustancial ni trascendente.

SEGUNDO.- Motivo primero. En cuanto a la guarda y custodia del menor: La sentencia recurrida EDJ 2013/254269 se opone a la doctrina del Tribunal Supremo, en cuanto que no tutela el derecho supremo del menor "favor filii" a mantenerse en el régimen de custodia compartida, porque el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, tal y como afirma el STS 1547/2012 de 9 de marzo EDJ 2012/48506 con cita de las sentencias del TS 579/2011, de 22 de julio EDJ 2011/155183 y 5787/2011 de 21 de julio EDJ 2011/155184. La razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que es más favorable para el menor.

Se estima el motivo.

Se alega por el recurrente que no concurre ninguna razón para desaconsejar el régimen de custodia compartida, máxime la escasa distancia entre el domicilio de los padres y con el Colegio y por el hecho de haber convenido armoniosamente la flexibilización del sistema de visitas.

De los propios hechos declarados probados en la sentencia recurrida EDJ 2013/254269 se deduce que tienen un sistema muy similar al de la custodia compartida, en el que no constan conflictos en su desarrollo y al que en parte se ha llegado por la flexibilidad de las partes.

Pese a este aserto se entiende por la Audiencia que ello no es sustancial ni trascendente, tesis que no puede aceptar esta Sala, pues el propio tribunal de apelación reconoce que "lo cierto es que prácticamente está repartida su custodia entre los dos progenitores, lo que demuestra que los padres han sabido ser flexibles y generosos...".

De acuerdo con el art. 92, en relación con el art. 90, ambos del C. Civil se ha de entender que no concurre óbice alguno para la adopción del sistema de custodia compartida, dado que no se aprecia conflictividad entre los padres que lo desaconseje y la relación del padre con el menor es también lo suficientemente entrañable como para posibilitar un contacto más estrecho, que "de facto" ya se viene dando.

Hemos de referir, igualmente, que entre los dos procedimientos judiciales, han cambiado sustancialmente las circunstancias, dado el nuevo régimen legal que amplía la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida, no siendo necesario contar con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

En este sentido la STC 185/2012, de 17 de octubre EDJ 2012/224014, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil EDL 1889/1, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen EDL 2005/83414.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC EDL 1889/1 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 EDJ 2014/67110).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 EDJ 2013/149996 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744, 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 EDJ 2014/105259).

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

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

Junto con la modificación de la doctrina del TC, en el caso presente se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias hasta el punto de que padre y madre han flexibilizado el régimen de custodia favoreciendo una mayor estancia con el padre, habiéndose repartido la custodia prácticamente con ambos progenitores (art. 90 del C. Civil), concurriendo una situación de armonía entre ellos que facilita la adopción de la custodia compartida.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida EDJ 2013/254269 por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

TERCERO.-.- Motivo segundo.En cuanto al uso del domicilio familiar: Se interpone el presente recurso de casación en base al motivo contenido en el art. 477.2.3 ° y 477.3 de la LEC EDL 2000/77463 habida cuenta que la sentencia recurrida EDJ 2013/254269 resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Se estima el motivo.

Procede la estimación del motivo de acuerdo con el art. 96 del C. Civil, dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios.

CUARTO.-.- Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre el menor Jeronimo.

El reparto del tiempo se hará, en principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

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

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

QUINTO.-.- No procede expresa imposición en las costas del recurso de casación (arts. 394 y 398 LEC EDL 2000/77463).

No procede expresa imposición de costas en las instancias.

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

FALLO

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Virgilio representado por el Procurador D. Javier Campal Crespo contra sentencia de 21 de noviembre de 2013 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2013/254269 .

2. CASAR la sentencia recurrida.

3. Se establece el régimen de la guarda y custodia compartida sobre el menor Jeronimo.

El reparto del tiempo se hará, en principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

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

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

4. Por esta Sala se fija un plazo prudencial de seis meses a la demandada para desalojar la vivienda que fue familiar, que queda expresamente desafectada.

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

6. No procede expresa imposición de costas en las instancias.

7. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Xavier O'Callaghan Muñoz, José 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012014100512