



Roj: **SAP SA 595/2018 - ECLI: ES:APSA:2018:595**

Id Cendoj: **37274370012018100594**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **300/2018**

Nº de Resolución: **478/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 595/2018,**  
**STS 2093/2020**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SALAMANCA**

SENTENCIA: 00478/2018

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

-

**Teléfono:** 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MSZ

**N.I.G.** 37274 42 1 2017 0006792

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000300 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.8 de SALAMANCA

**Procedimiento de origen:** DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0001142 /2017

Recurrente: Miguel

Procurador: MAGDALENA CABALLERO RAMOS

Abogado: JESÚS MANUEL ÁLVAREZ PÉREZ

Recurrido: Miriam

Procurador: MARIA CARMEN CASQUERO PERIS

Abogado: FERNANDO YAGUE GUTIERREZ

**S E N T E N C I A**

**SENTENCIA NÚMERO 478/18**

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

ILMOS SRES MAGISTRADOS



DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

DOÑA MARIA LUISA MARRO RODRÍGUEZ

En la ciudad de Salamanca a tres de diciembre del año dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio DIVORCIO CONTENCIOSO 0001142 /2017 , procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 de SALAMANCA, **Rollo de Sala Nº 300/18** han sido partes en este recurso: como demandado apelante Miguel , representado por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. MAGDALENA CABALLERO RAMOS, asistido por el Abogado D. JESÚS MANUEL ÁLVAREZ PÉREZ; y como demandante apelada Miriam , representado por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. MARIA CARMEN CASQUERO PERIS, asistida por el Abogado D. FERNANDO YAGUE GUTIERREZ.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 6 de febrero de dos mil dieciocho , por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda de divorcio presentada por el procurador Dña. Dª Carmen Casquero Peris, en nombre y representación de Dª. Miriam , contra D./ña. Miguel y con intervención del Ministerio Fiscal, debo decretar y decreto el divorcio de los litigantes con todos los efectos legales, acordando como medidas que han de regir las siguientes:

- a) Los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.
- b) Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica.
- c) Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los menores con patria potestad compartida y como régimen de visitas del padre el siguiente: El padre disfrutara de la compañía de sus hijas los fines de semana alternos que comprenderá desde las 17:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo y los martes y jueves, si los horarios del padre lo permiten, desde la salida del colegio a las 20:00 horas, recogiénolas y entregánolas en el domicilio materno. En cuanto a los periodos vacacionales se distribuyen por mitad entre ambos progenitores, alternándose las mitades entre ellos, las relativas a Navidad, Semana Santa y verano.
- d) El padre deberá abonar en concepto de alimentos de las menores la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA EUROS (440) mensuales, por ambos hijos, pagaderos por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre; que se actualizará anualmente conforme a la evolución del IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.
- e) Los gastos extraordinarios de las menores que no estén cubiertos por el sistema público de salud o educación se abonaran por los progenitores al 50% siempre que fueran necesarios o no siéndolo, que exista acuerdo de ambos progenitores.
- f) Se atribuye a la madre el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en Santa Marta de Tormes (Salamanca), calle Comercio, nº 4, ático A y el ajuar familiar. Los gastos de uso de la vivienda ordinarios serán de cuenta del usuario y los derivados de la propiedad, extraordinarios o hipotecarios, al 50% por ambos progenitores.
- g) Queda disuelta la sociedad de gananciales.

No ha lugar a imponer costas. "

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando se dicte sentencia en la que, estimando el presente recurso, revoque la sentencia de primera instancia, estableciendo como medidas reguladoras del divorcio las que se indican en el suplico de la contestación a la demanda, en consonancia con las conclusiones del informe del Equipo Psicosocial obrante en autos..

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto en el que , haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, terminó suplicando se dicte Sentencia desestimando íntegramente el recurso planteado con condena en costas a la contraparte .

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno Rollo, pasando los autos a la Sala para resolver sobre la admisión de la prueba solicitada; admitiéndose por Auto de fecha 29 de mayo del presente la documental solicitada por la Procuradora Dª Carmen Casquero Peris, en nombre y representación de Dª Miriam , librándose a tal fin el oficio correspondiente a la empresa MERCADONA, S.A., y recibida la documentación



y realizadas las correspondientes alegaciones por las partes, se señaló para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día 29 de noviembre de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. **PRIMERO.-** La parte demandada fundamentó su recurso de apelación en la infracción de los artículos 218.2 LEC y 24 CE por falta de motivación de la resolución impugnada, así como en la infracción del art. 217 LEC, por error en la valoración de la prueba y en concreto del informe psicosocial, y en la infracción del artículo 92.6 y 8 CC y la doctrina del tribunal supremo sobre la custodia compartida.

2. La parte actora se opuso a dicho recurso.

3. **SEGUNDO.-** Para una adecuada solución del conflicto planteado en el presente asunto hemos de partir de que la **jurisprudencia de la Sala Primera, a partir de la STS n.º 565/2009, de 31 de julio**, comenzó a **interpretar el principio de salvaguarda del interés del menor**, estableciendo **pautas inspiradas en la "Children Act británica" de 1989**, que había introducido un desarrollo de este concepto jurídico indeterminado. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1996, se ha referido al mismo como una "zona de incertidumbre o penumbra".

4. En la Observación General del **Comité de los Derechos del Niño n.º 14 (2013)** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial se hace un detallado análisis, en el que profundiza el Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor de la defensora del pueblo, de mayo de 2014.

5. Ha estado siempre presente en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, y así, la reciente S. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 20-7-2015, n.º 416/2015, rec. 1791/2014, expone la doctrina que recoge la Observación general n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, según el cual:

6. " **el interés superior del niño tiene tres dimensiones** "A) **Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial** que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es **de aplicación directa** (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño... C) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La **evaluación y determinación del interés superior del niño** requieren garantías procesales...".

7. Esta **doctrina** es también **recogida en el preámbulo de la nueva LO 8/15 y trata de recogerse en el nuevo articulado de la LO 1/96**. Se fijan criterios generales de interpretación de lo que es el superior interés del menor, con carácter abierto (**art. 2.2**). Se establece en el art. 2.3 que esos criterios deben ser ponderados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y se relacionan algunos datos de valoración, destacando la edad y madurez del menor, el efecto del trascurso del tiempo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para su desarrollo, entre otros.

8. Acoge con ello, los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª, S 31-7-2009, n.º 565/2009, rec. 247/2007, que fija como doctrina jurisprudencial que el juez al examinar la impugnación de la declaración de desamparo debe contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Igualmente sienta como doctrina que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor.

9. La S. Tribunal Supremo Sala 1.ª, S 13-2-2015, n.º 47/2015, rec. 2339/2013, en su FJ 3.º se refiere a estos datos de valoración.



10. Y, por último, como norma de procedimiento, establece que las medidas fundadas en el interés superior del menor, debe hacerse con respeto a las garantías del proceso. Reflejo de ello es el reconocimiento de un **menor rigor formal en este tipo de procesos**, admitiendo que las medidas se fijen en atención al interés del menor con independencia de lo pedido por las partes ( STC Sala 1.ª, S 4-4-2005, n.º 75/2005, rec. 1713/2002 ; STC, Sala 1.ª, 10-12-2014 ).
11. En este orden de ideas la S. Tribunal Supremo Sala 1.ª, S 13-2-2015, n.º 47/2015, rec. 2339/2013 , FJ 3.º:
12. "(...) circunstancia que nada tiene que ver con el interés del menor, sino con el de los abuelos maternos del que, es cierto, no está necesariamente disociado pero que necesita para acordarlo de una justificación más rigurosa (...)".
13. También por el TC: STC Sala 1.ª, S 4-4-2005, n.º 75/2005 , BOE 111/2005, de 10 de mayo de 2005, rec. 1713/2002, en su FJ 5.º:
14. "(...) presenta una amplia exposición doctrinal en su fundamentación sobre la noción y función del acogimiento como institución jurídica, pero, sin embargo, no expresa las **razones concretas que justifican la adopción de tal medida** en el caso enjuiciado, limitándose a indicar simplemente que la misma se acuerda en interés del menor. En efecto, tras aquella genérica exposición doctrinal, el referido Auto contiene como toda explicación que justifica el acuerdo adoptado la siguiente: "en este caso el interés del menor justifica la constitución del acogimiento". Una decisión de este tenor no puede satisfacer las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho fundamental contemplado en el art. 24 CE".
15. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) igualmente se refiere a esa ponderación y analiza si los tribunales internos han llevado a cabo una **evaluación en profundidad de la situación de la familia y de una serie completa de factores**, en especial de los factores de hecho, emocionales, psicológicos, materiales y médicos, y si han hecho una ponderación y una evaluación razonable de los intereses respectivos de cada persona, con una preocupación constante para determinar qué habría sido la mejor situación para el niño ( vid . STEDH 13 de marzo de 2012 Y.Z. contra el Reino Unido ).
16. Igualmente conviene destacar que el TEDH da una gran **importancia a la opinión de los menores** en el proceso para determinar su superior interés. Como muestra puede citarse la STEDH de 15 de marzo de 2012 Levin contra Suecia , que analizando la negativa de dos menores de 9 y 7 años a que se ampliaran las visitas de su madre biológica, se afirma que tal opinión no puede ser negada ni trivializada.
17. En este orden de ideas, con carácter igualmente previo hemos de tener en cuenta que la **guarda y custodia** compartida se encuentra en pleno debate doctrinal y jurisprudencial desde que la Ley 15/2005, de 8 de julio, la introdujera de forma expresa en nuestro Derecho Civil. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 marcó un antes y un después al decidir que no era necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal establecido en el art. 92.8 del Código Civil, para establecer este sistema de guarda. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 consolida el sistema señalando que **el art. 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, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. A cuyo efecto debe partirse y tender a la salvaguarda del interés del menor, antes definido.
18. La STS de 19 de julio de 2013 refuerza la doctrina que comienza con la sentencia que acabamos de señalar al decir que 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. Lo que **se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes** de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a los 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 ).
19. La STS de 29 de marzo de 2016 dice que el concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia , extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara" ( STS 19 de febrero de 2016 ).



20. La STS de 9 de octubre de 2015 matiza que no puede confundirse el deseo del menor con el mero capricho. La guarda y custodia compartida exige compromiso de los progenitores, no puede ser una guarda de ida y vuelta para propiciar situaciones perversas.

21. "El interés del menor, añade la sentencia citada, "exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciado en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar.

22. Es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil , en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores. Esta Sala ha utilizado algunos 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven ( SSTS 10 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio 2011 )".

23. Como decimos, **el sistema de guarda y custodia compartida es el deseable**, línea marcada por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 29 de abril de 2013. Las más recientes SSTS de 4 febrero de 2016 , 11 de febrero de 2016 , y otras como la STS de 9 de marzo de 2016 , dicen:

- 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.

24. La misma sentencia, en relación a los requisitos de la guarda y custodia compartida , declara que la interpretación del artículo 92.5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida , que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la Sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2014 ).

25. En la STS de 20 de julio de 2015 , el supuesto de hecho que se somete al enjuiciamiento de la Sala es el siguiente: una menor se encuentra conviviendo con sus abuelos maternos desde que tenía cinco meses y, a instancia de ellos, se les concedió por la Comunidad de Madrid el acogimiento familiar permanente de ella el 23 diciembre de 1999, que previamente la había declarado en situación de desamparo, asumiendo la tutela administrativa de la misma en aplicación del artículo 172.1 del Código Civil . Cuando aún es menor de edad la nieta acogida, se declara el divorcio de los abuelos acogedores, y surge la interrogante de si la sentencia que hace tal declaración puede adoptar medidas respecto de la menor en orden a la guarda y alimentación de ésta.



26. Dice el Alto Tribunal, en caso de separación o divorcio de los acogedores será la Autoridad pública administrativa, tutora del menor y autorizante del acogimiento, la que de oficio o instancia de parte habrá de decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación y, en su caso, términos de esta.

27. "Ahora bien, el interés superior del menor impide que se cree una desatención de éste en tanto en cuanto la Autoridad administrativa adopta la decisión a que hemos hecho mención, pues mientras ello no suceda ambos acogedores lo siguen siendo y tienen la común obligación de "velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral" ( artículo 173. 1 CC ). De ahí que la Sentencia de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 26 marzo 2010 , afirme que en sentencia se establezca la cantidad en que deba contribuir el acogedor no custodio a los gastos y necesidades del menor, así como medidas de carácter personal para mantener la vinculación afectiva que hasta la fecha había existido, sin perjuicio de que se haya de estar a lo que más adelante decida el Ente público sobre el acogimiento a la vista de la ruptura de vida en común de los acogedores, como así sucedió".

28. La STS 16 de marzo de 2016 no niega que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la Sentencia de 17 de noviembre de 2015 , que declara, partiendo del interés del menor, se ha producido el cambio de circunstancias porque: la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la Sentencia de 26 de junio de 2015 , que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad". Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.

29. Ahora bien, no hay ninguna norma que regule como se ha de realizar el reparto del tiempo en la custodia compartida.

30. En todo caso, no podemos olvidar que la estancia de los hijos con sus padres no ha de traducirse en una distribución matemática del tiempo, sino en una asunción equitativa de las responsabilidades, ajustadas a las necesidades del menor, en relación con la disponibilidad de tiempo para dedicarle al mismo de cada uno de sus padres, y siempre presidida por los mecanismos de flexibilidad y entendimiento.

31. En la Custodia Compartida lo esencial no es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sino que se trata de un reparto equitativo referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límite temporales.

32. Así en la sentencia de 15 de setiembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona, se dice que "la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidad parental, así lo establece nuestro CCCat, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres, por lo que la denominada guarda compartida no exigirá siempre un reparto igualitario del tiempo de convivencia."

33. En la sentencia de 2 de abril de 2016 la Audiencia Provincial de Navarra, declara que "el establecimiento de un sistema de custodia compartida, no comporta necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de estancia en régimen ordinario [...]. El mismo se ha de adecuar a la protección del superior interés de las personas menores de edad".

34. Ahora bien, ello no impide partir de que lo razonable y correcto en principio es proceder a la división del tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalos. En este sentido, la legislación Francesa considera que lo más beneficioso para el niño es establecer los períodos de alternancia por semanas.

35. En todo caso, se ha de primar la distribución temporal que los padres puedan pactar de mutuo acuerdo en función de su situación personal.

36. En su defecto, se ha de tomar como punto de partida la edad del menor, a los fines de adaptarnos a sus necesidades e interés cambiante y dinámico por naturaleza-cfr. Las pautas contenidas en los estudios de psicología infantil del Children's Rights Council-. En este sentido, lo razonable sería:

i. Los menores de un año, deberían de mantener contacto diario con ambos.

37. Entre el año y los dos se puede empezar con contactos por días alternos.



38. Entre los dos y los cinco años no se debería de pasar más de dos días seguidos sin ver a los progenitores. Un ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de noviembre de 2003, la cual, por motivos laborales, atribuye la custodia de la madre por la mañana y la del padre por la tarde.
39. A partir de los cinco años, se considera que la fórmula más sencilla es la distribución semanal.
40. De los cinco a los nueve años se considera que lo adecuado es la alternancia semanal, pero con medio día de convivencia con el otro progenitor.
41. A partir de los nueve años ya puede establecerse la convivencia semanal o quincenal sin necesidad de establecer, en este período, una convivencia con el otro.
42. Por lo demás, para la solución de estos conflictos se ha de tener en cuenta el plan contradictorio fundado que debe presentarse por el progenitor peticionario. En este sentido, el ATS, Civil sección 1 del 04 de octubre de 2017 ( ROJ: ATS 9098/2017 - ECLI:ES:TS:2017:9098A ), Recurso: 1023/2017, Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER, declara que "obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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[...]". En igual sentido, la STS, Civil sección 1 del 09 de mayo de 2017 ( ROJ: STS 1786/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1786 ), Sentencia: 280/2017, Recurso: 1432/2016, Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN, señala que "el criterio de la sentencia recurrida, por lo demás, es coherente con la doctrina de esta sala mantenida en las sentencias 638/2016, de 26 de octubre y 722/2016, de 5 de diciembre , que consideran que, para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña.
43. Por tanto, no es contraria a la doctrina de la sala la sentencia que valora el interés de la menor a la hora de denegar la custodia compartida, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo del recurrente ( sentencia 263/2016, de 20 de abril ).
44. De esta forma, en el supuesto examinado, la Audiencia Provincial no desconoce la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que recoge expresamente, al concluir: primero, que desde la ruptura la madre ha sido la cuidadora principal de sus hijas, que guardan con ella una muy estrecha relación de dependencia, lo que resulta compatible con su deseo de estar más tiempo con su padre por la vía de ampliación del régimen de visitas subsidiariamente interesado; segundo, que no se ha presentado por el recurrente plan de ejecución de la guarda y custodia compartida que compatibilice su compleja dedicación laboral como controlador aéreo con destino en Torrejón de Ardoz, y domicilio en Madrid, con continuos cambios en su jornada laboral, reducciones de horarios incluidos, que está muy lejos de garantizar y asegurar una plena disponibilidad que garantice a las menores su estabilidad; y tercero, que esta estabilidad no se consigue por el alquiler de un piso en Valladolid para las estancias con las menores, pues carece de cualquier arraigo en esa ciudad".
45. Y, en fin, la STS, Civil sección 1 del 05 de diciembre de 2016 ( ROJ: STS 5285/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5285 ), Sentencia: 722/2016 - Recurso: 60/2016, declara que "no se aporta un plan contradictorio ( sentencia núm. 801 de 2016 ) ya que se trata: "De concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes



a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".

46. En definitiva podríamos resumir la doctrina del TS en materia de custodia compartida de la siguiente manera:

A) Bondad de sistema:

47. STS 3 de mayo de 2016, Re. 1099/2015

48. STS 27 de junio de 2016, Re. 3698/2015

49. STS 30 de mayo de 2016, Re. 311^2014

50. B) Debe ser el normal y no excepcional:

51. STS 16 de febrero de 2015, Re. 2827/2013

52. STS 27 de junio de 2016, Re. 3698/2015

53. C) Partiendo de ello se ha de estar al interés del menor

54. STS 9 de marzo de 2016

55. STS 27 de junio de 2016, Re. 3698/2015

56. STS 3 de junio de 2016, Re. 2534/2015

57. D) No la evita:

a. Un amplio régimen de visitas

b. Desencuentros propios de las crisis que no afecten de modo relevante a los menores:

58. STS 27 de junio de 2016, Re. 3698/2015

59. STS 3 de junio de 2016, Re. 2534/2015

60. E) Caso de violencia doméstica: STS 21 julio 2016, Re. 2410/2015.

61. -Se deja sin efecto la custodia compartida por un episodio de violencia, STS 4 de febrero de 2016, Re. 3016/2014

62. F) No cabe por la escasa edad del menor y distancia de los domicilios de los progenitores (Cádiz-Granada) STS 1 de marzo de 2016, Re. 611/2015.

63. G) Atribución de la vivienda

64. Privativa del marido: STS 21 de julio de 2016; 552/2016rRe. 2187/2015

65. Doctrina: STS 27 junio 2007, Re. 1694/2015 / // ^

66. STS 6 abril 2016, Re. 1309/2015.

67. H) Alimentos

68. STS 4 de marzo de 2016, Re. 1/2015

69. STS 11 de febrero de 2016, Re. 470/2015

70. I) Es necesaria petición de parte

71. STS 15 junio 2016, Re. 1698/2015

72. STS 3 de marzo de 2016, Re. 523/2015

73. J) Bases para fijar la forma de su desarrollo

74. STS 28 enero 2016, Re. 2205/2014



75. K) Relevancia de la opinión de los menores

76. STS 9 de octubre de 2015, Re. 2842/2014

77. L) Valor de los informes psicosociales

78. STS 9 de septiembre 2015, Re. 545/2014

79. M) Cambio de circunstancias:

(I) No existen en interés del menor circunstancias nuevas como para acordarles

80. STS de 24 de mayo de 2016, Re. 2940/2015

81. (II) En supuestos de previo convenio regulador

82. STS 3 mayo 2016, Re. 1099/1015

83. (III) Cabe que se acuerde por modificación de circunstancias

84. STS 3 de abril de 2016, R1476/2015.

85. (IV) Se niega porque el plazo entre el anterior procedimiento y el actual con idéntico fin fue sólo de cinco meses, con lo que parece más un recurso contra la decisión desfavorable del primero.

86. STS 16 de marzo de 2016, Re. 590/2015 :

87. Admisibilidad del recurso en estos casos:

88. STS 27 junio 2016, Re. 3698/2015

89. STS 27 junio 2016, Re.: 1577 1577/15 STS, 30 mayo 2016 Re. 3113/2014.

90. **TERCERO.**- Sentado lo anterior, hemos de indicar que el presente juicio verbal comenzó por medio de demanda en la que la parte actora, Doña Miriam solicitó que se declarase el divorcio de su matrimonio con Don Miguel , y que se le atribuyera a ella la guarda y custodia de las hijas menores del matrimonio, la menor Eufrasia de 6 años de edad y la mayor Eva de 8 años de edad.

91. Se opuso a dicha demanda el progenitor demandado para solicitar que se desestime en lo relativo a las medidas propuestas que han de regular los efectos del divorcio, acordando en su lugar la custodia compartida en régimen de semanas alternas con cada progenitor, de domingo a domingo a las 20,00horas. En lo relativo a la atribución del uso del domicilio, con domicilio fijo de las hijas en la vivienda familiar y correlativa atribución del uso del domicilio a aquel de los progenitores que ostente alternativamente la custodia por periodos semanales. En la semana en que cada progenitor no ejerza la custodia, el progenitor no custodio tendrá derecho a comunicarse con sus hijas los viernes desde la salida del colegio a las 15,00 horas hasta las 21,00 horas.

92. En período de vacaciones escolares de Semana Santa y navidad las menores pasarán la mitad con el padre y la otra con la madre. En los periodos vacacionales de Julio y Agosto las menores pasarán quince días con la madre y otros quince con el padre de forma sucesiva o alternativa de mutuo acuerdo entre ellos. En caso de discrepancia de los periodos de disfrute la madre elegirá los años pares y el padre los impares. El progenitor que tenga en su custodia a las hijas menores sufragará los gastos ordinarios de estas en el periodo semanal correspondiente. Los gastos extraordinarios relativos al menor se sufragarán por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales todos aquellos que no estén cubiertos por el sistema público de la Seguridad Social y Educativo, previo el conocimiento del otro progenitor y con su consentimiento.

93. Así planteado el presente juicio hemos de indicar de inmediato que la solución del conflicto principal planteado en el presente caso, a saber, decidir si el régimen de guarda y custodia más adecuado y conforme al mayor beneficio e interés de las niñas menores de edad es o no el régimen de guarda y custodia compartida, pasa necesariamente por la valoración e interpretación racional y correcta del informe del equipo psicosocial, cuya importancia se destaca en la doctrina y jurisprudencia antes transcrita, a partir del vigente artículo artículo 92. 9 CC, según el cual "el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores". Informe que además en casos como el presente redobla su valor, si tenemos en cuenta que por la edad de las niñas menores, 6 y 8 años, estas normalmente no son oídas de forma directa por el juez, sino a través de los especialistas de dicho equipo psicosocial. De cuyo informe a los efectos de esta causa conviene destacar lo siguiente:



94. La progenitora, Doña Miriam , ha mostrado capacidad y disponibilidad en el cuidado y crianza de las niñas que ha desarrollado hasta la actualidad. Habiéndose encargado de forma principal de su cuidado y educación, todo ello favorecido por sus horarios laborales.

95. - En el progenitor, Don Miguel , a nivel personal tras la exploración realizada, no se observa sintomatología clínica que interfiera negativamente en el cuidado y dedicación a sus hijas, ni se valora patología que interfiera en su adaptación personal y social. Muestra un conocimiento adecuado y realista de las características y necesidades de las menores, reforzado por una vinculación positiva hacia las mismas. En la actualidad presenta capacidad y disponibilidad para ejercer una educación y crianza positiva de las menores.

-Ambos progenitores obtienen puntuaciones medias que indican que su rasgos de personalidad van a promover que en el cuidado tiendan a comportarse de forma responsable de forma similar a la mayoría de las personas, significando que en términos generales ambos se mostrarán reflexivos, resolutivos y flexibles, y en otras ocasiones les costará algo mantener estas tendencias.

96. El progenitor obtiene puntuaciones ligeramente superiores a la media en el cuidado afectivo que da cuenta de la capacidad para hacer frente a situaciones que requieren dar o recibir afecto, con un manejo adecuado de las emociones propias y prestando apoyo emocional, por lo que tiende a ser afectuoso y amistoso y se muestra receptivo hacia los puntos de vista de los demás.

- La menor, Eufrasia , de 6 años de edad presenta vinculación positiva con ambos progenitores y con su hermana. Describe el estilo educativo de ambos progenitores de forma positiva y similar.

- La menor Eva , de 8 años de edad, describe una interacción normalizada con ambos progenitores, explicando "de momento estoy bien así", "pero me gustaría estar un poquito más con papa" "aunque Castellanos de Moriscos está muy lejos".

97. También se observa a lo largo de la entrevista que ha recibido información por parte de su progenitor de aspectos económicos relativos al proceso de separación.

98. -Finalmente en el apartado relativo a valoración y conclusión, se indica que teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo de las menores, la disponibilidad horaria de ambos progenitores y la fuerte vinculación que muestran con ambos, se considera que lo más conveniente sería el ejercicio de una custodia compartida distribuida en periodos semanales con el fin de proponer un contacto continuo y fluido con ambos.

99. Dada la edad de las menores se considera conveniente que se desarrollen visitas durante una tarde intersemanal, en función de la disponibilidad laboral de sus progenitores.

100. No cabe duda, por consiguiente, que en el presente caso el mayor beneficio e interés de los menores aconseja establecer el régimen de guarda y custodia compartida solicitado por la parte demandada. Toda vez que ambos progenitores están perfectamente capacitados para ello, sin que exista ningún inconveniente serio desde punto de vista de las relaciones personales entre ambos, como sucede en los casos de malos tratos, etc, que aquí por fortuna no constan que existan. De este modo se mantendrá una relación de las niñas más continua y fluida con ambos progenitores y se beneficiarán las mismas de la buena y hasta alta capacidad de dichos progenitores para su educación, lo cual redundará sin duda en una desarrollo más equilibrado e integral de las menores. Sin que las alegaciones en contra por razón de los horarios laborales del padre, que trabaja en un Mercadona de la ciudad de Salamanca, pueda considerarse que tienen suficiente entidad como para impedir el desarrollo normal de este sistema de guarda y custodia, si bien, por supuesto, exigirá un mayor esfuerzo para la adaptación de tales horarios laborales a las necesidades de las hijas menores sobre todo en los momentos en que se producen esas disfunciones del horario laboral. Que además de ser puntuales, no consta, insistimos, que sean de suficiente relevancia e importancia como para hacer imposible materialmente el cumplimiento del régimen de guarda y custodia indicado.

101. Procede, pues, estimar el presente recurso de apelación y acordar la aplicación del régimen de guarda y custodia compartida en los términos solicitados por la parte demandada-apelante.

102. **CUARTO.**- Por aplicación de los artículos 751 y 398.1 LEC, no se hace imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, en atención al carácter público e indisponible de las cuestiones debatidas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

## FALLAMOS

**LA SALA ACUERDA:** Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Dº Miguel** contra la sentencia de fecha 6 de febrero dos mil dieciocho , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez



del Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Salamanca, en los autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 1142 /2017, de los que dimana este rollo; y, en consecuencia, ratificamos el divorcio decretado, pero en materia de guarda y custodia y alimentos acordamos lo siguiente:

-la custodia compartida de las hijas menores por ambos progenitores en régimen de semanas alternas con cada progenitor, de domingo a domingo a las 20,00horas.

-En lo relativo a la atribución del uso del domicilio, con domicilio fijo de las hijas en la vivienda familiar y correlativa atribución del uso del domicilio a aquel de los progenitores que ostente alternativamente la custodia por periodos semanales.

- En la semana en que cada progenitor no ejerza la custodia, el progenitor no custodio tendrá derecho a comunicarse con sus hijas los viernes desde la salida del colegio a las 15,00 horas hasta las 21,00 horas.

- En período de vacaciones escolares de Semana Santa y navidad las menores pasarán la mitad con el padre y la otra con la madre. En los periodos vacacionales de Julio y Agosto las menores pasarán quince días con la madre y otros quince con el padre de forma sucesiva o alternativa de mutuo acuerdo entre ellos. En caso de discrepancia de los periodos de disfrute la madre elegirá los años pares y el padre los impares.

-El progenitor que tenga en su custodia a las hijas menores sufragará los gastos ordinarios de estas en el periodo semanal correspondiente. Los gastos extraordinarios relativos a las menores se sufragarán por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales todos aquellos que no estén cubiertos por el sistema público de la Seguridad Social y Educativo, previo el conocimiento del otro progenitor y con su consentimiento.

Todo ello sin hacer imposición de las costas de este recurso ninguna de las partes.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.