

Roj: STS 4608/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4608
Id Cendoj: 28079110012014100582

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 412/2014

Nº de Resolución: 616/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 22º de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio nº 908/2011 de relaciones paterno-filiales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Juan Alberto , la procuradora doña María Jesús Martín López. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Ana Martínez Blanco, en nombre y representación de doña Agueda .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Maria Jesús Martín López, en nombre y representación de don Juan Alberto , interpuso demanda de juicio sobre regulación paterno filiales, contra doña Agueda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

1º.- Patria potestad compartida por ambos progenitores.

2º.- Custodia compartida por ambos progenitores, siendo que debido a la corta distancia existente entre las viviendas de ambos, el menor no sufriría ningún tipo de desequilibrio, por lo que solicitamos que el menor permanezca en el domicilio de cada progenitor una semana alterna.

3º.- Que en virtud de dicha custodia compartida, no corresponde aplicación de pensión de alimentos al ser esta ya compartida por cada uno de los progenitores al permanecer el menor en compañía de su padre o madre el mismo periodo de tiempo.

En caso de no ser concedida custodia compartida, solicitamos de forma subsidiaria que se reduzca la pensión de alimentos a la cantidad de 200 euros debido a que las necesidades económicas del menor se han reducido al acudir a un colegio de educación pública.

4º.- Que los gastos extraordinarios se abonen al 50 % por ambos progenitores. Entendiéndose por gastos extraordinarios los médicos no cubiertos por seguridad social, los escolares no cubiertos por educación pública, así como cualquier otros que sean debidamente aprobados por ambos progenitores.

5º.- Que en cuanto a las vacaciones, festivos, etc se regulará de la siguiente forma:

- Respecto a las vacaciones escolares de Navidad, estas se dividirán por mitad entre los progenitores, de tal forma que el primer período comprenderá desde la salida del año el ultimo día lectivo previo a las vacaciones hasta las 20.00 horas del día 30 de diciembre y el segundo periodo comprenderá desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20.00 horas del ultimo día no lectivo.

- En cuanto a las vacaciones de verano, el niño estará la mitad del periodo con cada uno de sus progenitores.

- En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, igualmente se dividirán por mitad entre los progenitores, de tal forma que el primer periodo comprenderá desde la salida del niño el ultimo día lectivo previo a las

vacaciones, hasta las 20.00 horas del miércoles previo al Jueves Santo y el segundo periodo comprenderá desde las 20:00 horas de dicho miércoles hasta las 20.00 horas del último día no lectivo.

En caso de desacuerdo en cuanto a la elección de los periodos de vacaciones de navidad, semana santa y de verano, el padre elegirá los años pares y la madre los años impares.

Dichas estancias con los progenitores se entenderán sin perjuicio de la asistencia del menor a campamentos, cursos de verano o en el extranjero o similar. En este caso los padres se repartirán al 50 % las vacaciones escolares restantes.

El día de Reyes el progenitor que no estuviese en compañía de su hijo podrá visitarlo recogiendo en el domicilio del progenitor con quien esté a las 16.00 horas, reintegrándole a las 20.00 horas a fin de que pueda entregar los regalos.

El día del cumpleaños del hijo, el progenitor que no estuviese en compañía de su hijo podrá visitarlo recogiendo en el domicilio del progenitor con quien esté a las 16.00 horas, reintegrándole a las 20.00 horas a fin de que pueda entregar los regalos.

El "día del padre" o "día de la madre" y cumpleaños de los progenitores, el menor lo disfrutará en compañía del progenitor a quien corresponda celebrar dicho día desde las 10.30 horas de la mañana y hasta las 20.00 horas de la tarde. Este régimen se establece para el caso de que coincidiera que el menor no se encuentra en el periodo de convivencia con el progenitor que corresponda.

De forma subsidiaria y en caso de no concederse la custodia compartida, venimos a solicitar que se establezca el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

El padre podrá estar en compañía de su hijo los fines de semana alternos, desde la hora de salida del colegio el viernes o día previo al puente o festivo que corresponda, realizándose la entrega del menor directamente en el colegio el día siguiente lectivo.

Entre semana el padre podrá disfrutar del menor dos días a la semana con pernocta, siendo recogido por el padre a la salida del colegio, encargándose el padre de volver a llevar al menor al colegio al día siguiente. Dichos días podrán ser de forma consecutiva para garantizar el equilibrio y estabilidad del menor.

En cuanto a las vacaciones de navidad, semana santa, verano, día de reyes, cumpleaños del padre, madre, día del padre o madre o cumpleaños del niño, conforme se establece en los párrafos anteriores.

6º.- Se impongan las costas a la demandada.

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

2.- La procuradora doña Ana Flor Martínez Blanco, en nombre y representación de doña Agueda, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde:

- 1.- Patria Potestad compartida por ambos progenitores.
- 2.- La Guarda y Custodia, siga siendo ejercida por la madre.
- 3.- La pensión de alimentos el progenitor respecto del hijo menor, siga siendo de 400 euros, mas las actualizaciones del LP.C.
- 4.- Que los gastos extraordinarios sigan siendo abonados al 50% por ambos progenitores.
- 5.- En cuanto al régimen de visitas del padre para con el menor, sea el mismo que hasta ahora:

- Fines de semana alternos, desde la hora de salida del colegio del viernes hasta las 19 horas del domingo, y en caso de que tales fines de semana fueran unidos algún día no lectivo, abarcarán desde la hora de salida del colegio del último día lectivo hasta las 19 horas del último día no lectivo.

Entre semana, el padre podrá disfrutar de su hijo, los martes y jueves, desde la salida del colegio en los días lectivos, o las 16 h. de los días no lectivos, hasta las 19 h. en ambos casos.

Igualmente, con carácter alternativo, o sea un martes cada quince días, el hijo pernoctará con el padre, con la obligación ineludible e inalterable de que este en compañía del menor, debiendo llevar al menor al día siguiente al colegio.

Para el cómputo de los fines de semana alternos, la madre pasará con el hijo el primero que corresponda, y el padre el siguiente, y así sucesivamente.

Las vacaciones de navidad comprenderá desde las 11 h. del primer día no lectivo hasta las 19 h. del día 30 de diciembre, y el segundo periodo comprendo desde las 11 h. del día 31 de diciembre hasta las 19 h. del último día no lectivo

En cuanto a las vacaciones de verano, el hijo estará la mitad del periodo con cada uno de sus progenitores.

En caso de desacuerdo en cuanto a la elección de los periodos de las vacaciones de navidad de verano y semana santa, la madre elegirá los años pares, y el padre los impares.

El día de reyes, el progenitor que no estuviese en compañía de su hijo, podrá visitarlo recogiendo en el domicilio en el que se encuentre a las 16 h., entregándolo a las 20 h.

El régimen de visitas se entenderá sin perjuicio de que el hijo acuda a campamentos, curso de verano, etc..., en cuyo caso, se repartirán al 50% el resto de las vacaciones escolares restantes.

6.- Se le impongan las costas al demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid, dictó sentencia con fecha 22 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimando en parte la demanda promovida por la Procuradora Doña María Jesús Martín López en nombre y representación de Don Juan Alberto frente a Doña Agueda sobre regulación de relaciones paterno filiales en relación con el menor Eulogio , acuerdo la adopción de las siguientes medidas:*

PRIMERA.- Se atribuye la guarda y custodia del citado menor a su madre D^a Agueda siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, sin que ninguno de ellos pueda decidir, sin el consentimiento del otro o atribución judicial, sobre cuestiones de relevancia en la vida del menor y en particular sobre el lugar de su residencia , si ello impide o dificulta el desarrollo del sistema de visitas

SEGUNDA.- El régimen de estancias y visitas del progenitor no custodio con su hijo menor se determinará libremente entre el padre y la madre en interés filial, exhortándose a ambos a que lleguen a acuerdos sobre el particular.

En caso de discrepancia, este régimen se concretará en los fines de semanas alternos -en el sentido que después se dirá- dos tardes entre semana y el primer período de las vacaciones escolares de Navidad y Verano en los años impares y el segundo en los pares, así como la totalidad de las vacaciones de la Semana Blanca (u otras que pudieran figurar en su calendario escolar) en los años pares y de la Semana Santa en los impares.

Los fines de semana comprenderán desde las 18 horas del viernes hasta el comienzo de la actividad escolar el lunes y en el supuesto de que a tales fines de semana vaya unido algún día no lectivo, abarcarán desde las 18 horas del último día lectivo hasta el comienzo de las clases el primer día lectivo .

Las tardes entre semana serán -en caso de desacuerdo- las del martes y jueves desde la salida del centro escolar en los días lectivos -o las 16 horas en los días no lectivos-, hasta las 20 horas en ambos casos .

El primer período de las vacaciones escolares de Navidad y Verano comprenderá desde las 11 horas del primer día no lectivo hasta las 20 horas de los días 30 de diciembre y 31 de julio respectivamente, y el segundo período desde las 11 horas de los días 31 de diciembre y 1 de agosto hasta las 19 horas del último día no lectivo, en tanto que las vacaciones de la Semana Santa y la Semana Blanca abarcarán desde las 11 horas del primer día año lectivo hasta las 19 horas del último día no lectivo.

El régimen de estancias de los fines de semana alternos y tardes entre semana quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa Semana Blanca y Verano.

Salvo causa justificada, y a excepción de los lunes y tardes entre semana en los días lectivos en que - según proceda- se entregará o recogerá por el padre en el centro escolar, el intercambio del hijo en el desarrollo de estas visitas se realizará en su domicilio habitual

TERCERA.- Se fija como pensión para el mantenimiento del hijo menor a satisfacer por el progenitor no custodio la cantidad de cuatrocientos veinticinco (425) euros mensuales que habrá de ser abonada por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, en la cuenta bancaria

que al efecto se designe; cantidad que se actualizará anualmente cada 1 de Enero y a partir del año 2013 conforme a las variaciones del Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que pudiera sustituirle.

Los gastos, de esta naturaleza que el padre abone directa y unilateralmente, no se deducirán de la pensión que éste deba satisfacer conforme a la presente resolución.

Los gastos extraordinarios referentes a la salud del menor que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguro médico, se abonarán por mitad por cada progenitor, previa acreditación de su importe.

Los restantes gastos extraordinarios que pudieran originarse para la atención del hijo tales como actividades o clases extra escolares, se sufragarán igualmente por ambos progenitores por partes iguales, previo consentimiento por parte de cada progenitor. Debiendo entenderse que los actos de material escolar y académicos ordinarios se hallan incluidos dentro de la suma fijada para su sostenimiento.

No procede realizar especial declaración sobre las costas del presente procedimiento.

Los efectos de esta resolución se producen desde la fecha de su dictado

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Juan Alberto , la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 17 de diciembre 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don Juan Alberto contra la Sentencia dictada, en fecha 12 de junio de 2012, por el de Primera Instancia nº 27 de los de Madrid, en procedimiento sobre relaciones paterno filiales seguido, bajo el nº 908/2011, entre dicho litigante y doña Agueda , debemos acordar y acordamos la adopción de las siguientes medidas que sustituirán, o necesario, a las establecidas en dicha resolución:*

-La recogida del hijo menor por el padre, en los fines de semana correspondientes al mismo, se llevará a efecto a la salida del colegio.

-La estancia intersemanal de Eulogio el entorno paterno comprenderá la pernocta en los martes siguientes al fin de semana en que aquél permanezca con la madre.

Se confirman todos los demás pronunciamientos contenidos en dicha resolución y en especial, al ser objeto del recurso, los relativos al sistema de custodia, distribución de las vacaciones estivales y pensión alimenticia.

Y todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso.

Firme que sea esta resolución, procedase por el Órgano a quo a devolver al apelante el depósito constituido para recurrir.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso por infracción procesal la representación procesal de don Juan Alberto con apoyo en los siguientes: **MOTIVO: PRIMERO**.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia con infracción de los art. 218 y 335 a 348 de la LEC , y el art. 24 de la CE . La sentencia impugnada no motiva suficientemente la desestimación de la guarda y custodia compartida, que ha propuesto el actor de semanas alternas, pues tan solo se basa en el acuerdo contraído entre las partes y protocolizado ante Notario, del convenio regulador firmado en el año 2008, justo cuando se produjo la separación. La sentencia de apelación no ha dado respuesta a cada uno de los motivos formulados en el recurso de apelación, se limita a recoger que si bien el padre puede ofrecer las actitudes necesarias para asumir en plano de igualdad con la otra progenitora la custodia, que el cambio de las circunstancias actuales no suponen variación importante para acordar la custodia compartida del menor. **SEGUNDO**.- Se denuncia la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad o hubiere podido producir indefensión se alega en concreto la infracción del art. 770.4 y 774 de la LEC , así como la infracción de los arts. 335 y siguientes de la LEC , y el art. 92 del Código Civil , y el art. 24 de la CE . Mantiene el recurrente que desde el momento en el que se denegó al actor toda la prueba que acreditaba las buenas condiciones del padre para poder ejercer la custodia compartida de su hijo, se ha vulnerado la tutela judicial efectiva siendo patente y grave la indefensión que se le ha causado

El recurso de casación se desarrolla con apoyo en los siguientes. **MOTIVO: PRIMERO** .- Se denuncia la infracción de art. 92 6 , 7 , 8 y 9 del Código Civil y el art. 2 de la Ley 1996 de protección jurídica del menor, y el art. 91 in fine del C.C . Mantiene el recurrente que la sentencia impugnada solo ha valorado para denegar la custodia compartida el convenio firmado ante Notario en el mes de noviembre de 2008, sin tener en ningún momento en cuenta, el cambio de circunstancias que pueden propiciar ahora el régimen de custodia

compartida, con base en los siguientes elementos: (I) en la actualidad el actor ha comprado una vivienda a una distancia de 3 Km de la vivienda donde reside su hijo con la madre; (II) en la actualidad el actor tiene horario flexible, por ello puede compatibilizar mejor el régimen de la custodia que propone semanal; (III) el niño está matriculado en el Colegio, que se encuentra a mitad de distancia entre el domicilio de la madre y del padre; (IV) actualmente el régimen de visitas es muy amplio; (V) existe relación cordial entre los progenitores; (VI) la demandada se opone a la custodia compartida porque quiere estar con su hijo, porque el padre en alguna ocasión falta a las vistas entre semana; (VII) el cuidado del menor se ha repartido entre ambos progenitores. Con estas premisas, el recurrente mantiene que la sentencia impugnada se opone a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, sobre los criterios a valorar para fijar la custodia compartida que se recogen en las sentencias de 25 de noviembre de 2013 , 29 de abril de 2013 , 12 de diciembre de 2013 ; solicita por tanto que se file la custodia compartida en semanas alternas con la finalidad de normalizar la situación del menor y su relación y comunicación con ambos progenitores.

SEGUNDO.- Se combate también el fundamento de derecho segundo de la sentencia, en cuanto recoge que ha quedado acreditado que los litigantes suscribieron un convenio en 2008, por el que establecían las medidas que habrían de regir en el futuro sus relaciones, señalando la Audiencia que estamos ante un negocio de derecho de familia expresión del principio de autonomía de voluntad, que no puede excluirse de las previsiones del art. 1091 del Código Civil , según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y en ese convenio se dispuso que el menor permanecería bajo el cuidado cotidiano de su madre, lo que se ha cumplido en los tres años desde entonces no consta que esta situación haya repercutido en perjuicio del citado descendiente. Se mantiene en el motivo que se vulnera la doctrina de la Sala pues no se puede comparar un negocio jurídico con un convenio regulador de relaciones paterno-filiales, pues la materia a tratar es especial desde el momento en el que son personas menores, y las circunstancias cambiantes pueden hacer varias el acuerdo alcanzado en su momento (sentencias de la Sala de 21 de mayo de 1993 , 20 de noviembre de 2013).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 20 de mayo de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Ana Flor Martínez Blanco, en nombre y representación de doña Agueda , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del de casación.

3.- 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. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Juan Alberto y d^a Agueda mantuvieron una relación sentimental conviviendo como pareja desde junio de 2002 hasta noviembre de 2008, fruto de la cual nació un hijo, Eulogio , de 7 años de edad en la actualidad. Tras la disolución de la pareja, ambos acordaron una serie de medidas en relación con su hijo que fueron recogidas en el convenio suscrito notarialmente con fecha 27 de noviembre de 2008. Fueron las siguientes: a) patria potestad compartida por ambos progenitores; b) guarda y custodia a favor de la madre, c) régimen de visitas a favor del padre, y d) pensión de 400 euros en concepto de alimentos para el hijo.

Lo que se pretende a través de la demanda que formuló don Juan Alberto es que se establezca la guarda y custodia compartida. Tanto la sentencia del Juzgado, como de la Audiencia negaron dicha pretensión.

Ha quedado acreditado, dice la sentencia de la Audiencia, *"que la convivencia de los hoy litigantes quedó definitivamente rota a partir del mes de noviembre de 2008, suscribiendo entonces un convenio, protocolizado notarialmente, en el que establecían, en relación con el común descendiente, las medidas por las que habrían de regir en el futuro sus relaciones. Nos encontramos, en consecuencia y conforme declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de abril de 1997 , ante un negocio de Derecho de Familia, expresión del principio de autonomía de voluntad que, por la sola falta de refrendo judicial, no puede excluirse de las previsiones del artículo 1.091 del Código Civil , según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.*

En dicha convención se dispuso que el menor permanecería bajo el cuidado cotidiano de su madre, lo que así se ha cumplido en los años desde entonces transcurridos, sin que conste, pues ello ni siquiera se alega, que tal situación convivencial haya repercutido en perjuicio del citado descendiente. En definitiva, al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraron que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades del hijo, por lo que el simple transcurso del tiempo, o los alegados cambios residenciales o de horario laboral del hoy recurrente, no tienen entidad suficiente para modificar un status que, hasta el presente, ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño, y que podría verse afectado negativamente por el régimen de alternancia que postula el apelante, por más que el mismo ofrezca, al menos en teoría, las aptitudes necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida.

Por ello, y coincidiendo plenamente con el criterio que recoge la Sentencia de instancia, consideramos que la permanencia de Eulogio en uno y otro entorno, por periodos alternativos de una semana, tal como interesa el recurrente, alteraría los hábitos y rutina diaria a la que, desde la ruptura del convivencia de sus padres, aquél viene acostumbrado, repercutiendo negativamente en la estabilidad que el mismo necesita, por lo que no podemos afirmar que, en la actual coyuntura, el régimen propuesto por don Juan Alberto sea el que mejor protege el interés prioritario del repetido menor, frente a aquel otro que, en los términos pactados, ha ofrecido hasta ahora las adecuadas garantías a tal fin".

Don Juan Alberto ha interpuesto un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. - En el primer motivo se alega infracción de los artículos 218 y 335 a 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 24 de la Constitución porque la sentencia no motiva suficientemente la desestimación de la guarda y custodia compartida, que ha propuesto de semanas alternas, pues tan solo se basa en el acuerdo contraído entre las partes y protocolizado ante notario, oponiéndose a la jurisprudencia de esta Sala (STS 25 de mayo de 2012), con vulneración del derecho de defensa.

Se desestima.

Es doctrina de esta Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada. Exigencia de motivación que aspira a hacer patente el sometimiento del Juez a la ley o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico, y a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial, a la par que facilita el control de la sentencia por los Tribunales superiores, operando, por lo tanto, como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad (SSTC 32/96 , que cita las SSTC 159/89 , 109/92 , 22/94 y 28/94 ; y también STS 20-3-97), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo (SSTC 28/94 , 153/95 y 32/96 ; STS 20-3-97 , que cita las anteriores). Asimismo esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenidos en la parte dispositiva (aparte de otras, STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (entre otras, SSTC 30 de abril de 1991 , 7 de marzo de 1992 y 1 de febrero de 2006). De igual manera es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que no están faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano "a quo", cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito (SSTC 174/87 , 24/96 y 115/96).

Pues bien, en el motivo, además de una cita heterogénea y no individualizada del articulado referido a la prueba pericial - artículos 335 a 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, de la motivación - artículo 218- y de la tutela judicial efectiva - artículo 24 CE -, confunde motivación con el interés del menor que se sustenta en los hechos que la sentencia valora, lo que no corresponde resolver en este recurso sino en el de casación.

TERCERO. - Sucede lo mismo con el segundo motivo en el que a la infracción de los artículos 770.4 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , añade una inaceptable cita de los artículos 335 y siguientes de la misma Ley , artículos 92 del CC y artículo 24.1 de la CE , "así como artículos concordantes y jurisprudencia relativa al mismo", que no cita. El empleo de la expresión "y concordantes " tras la cita de las normas que se consideran infringidas ha sido rechazado por esta Sala afirmando que no le corresponde la búsqueda de preceptos no

citados expresamente por la parte y que pudieran haber sido infringidos, optándose en tal caso por referirse exclusivamente a los concretamente citados (SSTS núm. 921/2011, de 14 diciembre ; núm. 433/2009 de 15 junio ; 268/2013 de 22 de abril , entre otras). Además, la jurisprudencia ha sido constante en el sentido de rechazar la cita de preceptos heterogéneos como fundamento de un motivo: sentencias de 24 septiembre 2010 , 14 abril 2011 , 10 octubre 2012 , 29 noviembre 2012 . 14 de febrero 2013 . El recurso debe precisar cuál es la concreta infracción y la norma infringida; no cabe la cita heterogénea de normas, para que esta Sala busque y adivine cuál es la que puede sustentar la infracción.

RECURSO DE CASACION.

CUARTO.- El recurso se formula por vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida porque la sentencia solo ha valorado para denegarla el convenio firmado ante notario en el mes de noviembre de 2008 sin tener en cuenta el cambio de circunstancias que propician este régimen de custodia. Así: a) ha comprado una vivienda a tres Km de la vivienda donde reside su hijo con la madre; b) en la actualidad tiene un horario flexible, por lo que puede compatibilizar mejor el régimen de custodia que propone; c) el niño está matriculado en un colegio que se encuentra a mitad de distancia entre el domicilio de la madre y del padre; d) actualmente el régimen de visitas es muy amplio y existe una relación cordial entre los progenitores; e) la demandada se opone a la custodia compartida porque quiere estar con su hijo, ya que el padre falta en alguna ocasión a las visitas entre semana, y f) el cuidado del menor se ha repartido entre ambos progenitores.

Se formula también -segundo motivo- porque no se puede comparar un negocio jurídico con un convenio regulador de relaciones parterno filiales desde el momento en que se refiere a personas menores (SSTS 21 de mayo 1993 ; 20 de noviembre 2013).

El recurso, que apoya el Ministerio Fiscal, se estima.

La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 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, 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".

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 , definen ni determinan, 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".

Pues bien, lo que la sentencia dice es que ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que el menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida pese al cambio de residencia y de horario laboral del padre, e incluso la cordialidad en las relaciones entre ambos progenitores, que se esgrimen para hacer efectiva la medida, puesto que ha ofrecido "*las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño*" y ello, pese a reconocer en el padre las condiciones necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, porque "*alteraría los hábitos y rutina diaria*" a la que viene acostumbrado. Es decir, la sentencia petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

En primer lugar, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013 .

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".

En tercer lugar, la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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.

Por consiguiente, la valoración del interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, que aparecen como hechos probados, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

QUINTO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia y, con estimación de la demanda, se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo de los litigantes por periodos semanales durante los cuales cada progenitor, con ingresos propios, atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, debiendo hacer frente por mitad a los gastos escolares ordinarios, así como a los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, siendo los gastos extraordinarios por mitad. Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de los hijos y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, como la relativa a las vacaciones navidad y fin de año en las se procurará que el niño las disfrute de forma alternativa con uno y con otro progenitor. Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

SEXTO.- Se imponen a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las del recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1, que se remite al artículo 394, ambos de la LEC . Tampoco se hace especial pronunciamiento de las causadas en ambas instancias.

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

FALLAMOS

1º. - Declarar haber lugar al recurso de casación formulado por don Juan Alberto , contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de 17 de diciembre de 2013 , cuya resolución anulamos.

2º.- Con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid en fecha de 22 de junio de 2012 , estimamos en parte la demanda deducida por el ahora recurrente contra Dª Agueda .

3º.- Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo de los litigantes, por periodos semanales durante los cuales cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando los tenga consigo, debiendo hacer frente por mitad a los gastos escolares ordinarios, así como los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, siendo los gastos extraordinarios por mitad,

4º.- Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de los hijos y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, como la relativa a las vacaciones navidad y fin de año en las se procurará que los niños las disfruten de forma alternativa con uno y con otro progenitor. Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

5º.- Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente y no se hace especial declaración de las del recurso de casación.

6º.- No se imponen costas de ninguna de las instancias.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos..



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. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ