

ARANZADI

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 257/2013
de 29 abril

RJ\2013\3269



MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO: GUARDA Y **CUSTODIA** DE LOS HIJOS: **COMPARTIDA:** improcedencia: primacía de aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda: no se argumenta sobre el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, ni se concretan las circunstancias laborales y personales de uno y de otro, incluso su lugar de residencia: 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. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Casación 2525/2011

Ponente:Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana

El Tribunal Supremo **declara haber lugar** al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 20-10-2011 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, casándola.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia N°: 257/2013

Fecha Sentencia : 29/04/2013

CASACIÓN

Recurso N°: 2525 / 2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 03/04/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ALICANTE SECCION N. 4

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

Escrito por: AAV

Nota:

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. CRITERIOS PARA ACORDARLA.

CASACIÓN Num.:2525/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo:03/04/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 257/2013

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Román García Varela

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil trece. 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 Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 293/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Noemi , la procuradora doña Elisa Maria Sainz de Baranda Riva. No habiendo comparecido la parte recurrida don Federico .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- **1.-** La procuradora doña Ascensión Gil Pascual, en nombre y representación de don Federico , interpuso demanda de juicio divorcio, contra doña Noemi y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare el divorcio del referido matrimonio, con la aprobación de las siguientes medidas:

1.- **DOMICILIO.-** Los cónyuges deberán comunicarse sus cambios de domicilio, a fin de que pueda desarrollarse de una forma adecuada la relación de ambos padres con la hija menor y el cumplimiento del régimen de visitas y el resto de las obligaciones derivadas del presente convenio.

2.- **USO y DISFRUTE DEL DOMICILIO CONYUGAL.-** Se atribuya el uso del domicilio conyugal al esposo, como viene ocurriendo desde hace casi 3 años, domicilio que fue abandonado por la esposa retirando sus enseres.

3.- **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS Y PATRIA POTESTAD.** Solicitamos de atribuya la guarda y custodia de la hija menor de edad al padre. Sin perjuicio de ello, la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por su interés, todas las decisiones que afecten a la menor, decidiendo en los casos de falta de acuerdo la autoridad judicial.

4.- **RÉGIMEN DE VISITAS.-** Solicitamos que, en principio, el régimen de visitas se determinará previo acuerdo de ambos progenitores, pudiendo la Sra. Noemi visitar con total libertad a su hija, pero para el caso de desacuerdo y como mínimo se estará al siguiente régimen, debiendo ser interpretado con criterios de flexibilidad y buena fe, dado que se contempla como un derecho de la menor:

- La menor estará en compañía de cada uno de los progenitores, los fines de semana alternos, desde el sábado a las 11 de la mañana, hasta el domingo a las 20 horas. Si se diera la situación de puente o un festivo unido a un fin de semana, la menor estará en compañía de aquel progenitor al que correspondiera ese fin de semana. La menor será recogida por la madre, en el domicilio del padre y, a ese mismo lugar, deberá ser devuelta una vez finalizado el período de visitas.

- En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos períodos, uno del día 23 al 30 de diciembre, ambos inclusive, y otro del 31 de diciembre al siete de enero. Los años pares la menor pasará el primer período con el padre y el segundo con la madre, y en los años impares al contrario.

- Las vacaciones de Semana Santa, las pasará los años pares con la madre y los impares con el padre, pudiendo ambos progenitores de mutuo acuerdo dividir las en dos períodos.

- Por último y en cuanto a las vacaciones de verano, la menor estará en compañía de cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares, entendiendo por tales los meses de Julio y Agosto, eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares.

Independientemente de este régimen, la madre podrá visitar a su hija entre semana siempre que se lo permita su trabajo, y estar en compañía de la misma si no altera el normal funcionamiento escolar, de comidas y descanso. Igualmente, ambos progenitores podrán, en caso de enfermedad o celebración de cumpleaños o santo de su hija, que el progenitor con el que no esté en dicho momento podrá visitarla en dichos supuestos.

5.-PENSIÓN ALIMENTICIA.- La madre abonará, en concepto de pensión de alimentos, la cantidad de 150 euros mensuales.

Dicha cantidad deberá ser ingresada entre los días 5 y 10 de cada mes, en la entidad y en la cuenta bancaria que designe el padre.

La cantidad abonada en concepto de alimentos, será actualizada anualmente a tenor de las variaciones porcentuales experimentadas por el IPC, a nivel nacional, según conste en el certificado que a tal efecto expida el INE o el organismo que pueda sustituirlo en sus funciones.

6.- GASTOS EXTRAORDINARIOS.- Cualquier gasto de naturaleza extraordinaria referente a los hijos será sufragado por los cónyuges por mitad.

Se entenderán por gastos extraordinarios aquellos que se produzcan como consecuencia de hechos o circunstancias imprevistas que deban ser afrontados por el bienestar o salud de la hija, así como los producidos por circunstancias que, aunque previsibles, salgan del ámbito o esfera normal de las actividades y necesidades de la menor. El gasto deberá decidirlo quien aprecie su necesidad.

Se consideran como tales los derivados de intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología, rehabilitaciones y recuperaciones, siempre que tales tratamientos no puedan ser dispensados por la Medicina Oficial en los centros públicos, siendo requisito previo la conformidad de ambos progenitores en el concepto y en la identidad de los facultativos, o la resolución judicial, en caso de discrepancia, salvo que la urgencia del caso no permitiese la petición de tal acuerdo.

También tendrán la consideración de gastos extraordinarios los derivados de la compra de libros, uniformes y demás material escolar derivados de la enseñanza obligatoria. Igualmente, se considerarán extraordinarios todos los gastos derivados de la enseñanza no obligatoria. La realización de actividades extraescolares debe ser decidida por ambos cónyuges de común acuerdo y será sufragada por mitad. En caso de decisión unilateral de alguno de los progenitores o desacuerdo en la misma, dicha actividad deberá ser abonada por quien decida su realización, salvo interpretación judicial contraria.

7.- PENSIÓN COMPENSATORIA.- Teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el Art. 97 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) y dado que cada uno de ellos con sus ingresos atiende perfectamente a sus necesidades y la situación actual no les produce a ninguno desequilibrio económico respecto del otro, no procede establecer pensión compensatoria alguna.

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 don Jacob Botella Pedro, en nombre y representación de doña Noemi , contestó a la demanda y formuló reconvención oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, sin perjuicio de la resolución que se acuerde en cuanto al divorcio, al que no nos oponemos al cumplirse los requisitos del art. 86 CC , se estime nuestra oposición, en cuanto a las medidas solicitadas de contrario, adoptandose las siguientes:

1º.- Que la hija del matrimonio quede bajo la guarda y custodia de la madre, residiendo con ella en su domicilio sito en Petrel, C/ DIRECCION000 NUM000 , nº NUM001 NUM002 NUM003 , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2º.- Que el padre tendrá derecho a requerir y gozar de la compañía de su hija menor los fines de semana alternos desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, siendo en todo momento recogida y reintegrada en el domicilio en que habite con su progenitor.

3º.- Que asimismo goce de la compañía de su hija durante la mitad de los períodos vacacionales, de acuerdo con el siguiente tenor:

Las vacaciones de verano, correspondientes a los meses de Julio y Agosto, se dividirán por quincenas permaneciendo la hija la primera quincena de cada mes con uno de los progenitores y la segunda con el otro, empezando la elección el primer año, a falta de acuerdo, por parte de la madre.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos: uno que comprenderá desde las 20.00 horas del día 22 de Diciembre hasta las 20.00 horas del día 30 de Diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta las 20.00 horas del día 6 de enero, correspondiendo la elección el primer año, a falta de acuerdo, a la madre.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos períodos iguales adecuándose al calendario escolar, que se alternarán en los años sucesivos, correspondiendo la elección el primer año, a falta de acuerdo, a la madre.

4º.- Que en concepto de pensión de alimentos para la hija el padre abone la cantidad de 180 Euros mensuales, que deberá ingresar del 1 al 7 de cada mes en la cuenta que la madre designe al efecto, actualizándose anualmente con fecha 1 de enero, tomando como base para misma el Índice de Precios al Consumo publicado para el conjunto nacional por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

5º.- Que los gastos extraordinarios y los gastos médicos que no sean cubiertos por la Social o por el Seguro privado que el padre tiene suscrito en relación con el hijo, serán pagados por mitad por cada uno de los progenitores.

Por diligencia de ordenación de fecha dos de junio de 2010, no ha lugar a tramitar la reconvencción habida cuenta que no concurren ninguno de los supuestos de art. 770.2. de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962\)](#).

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 3 de Elda, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Sra. Gil Pascual, en nombre y representación don Federico frente a doña Noemi , y en consecuencia ,declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre ambos el 9 abril de 2005, con los pronunciamientos inherentes a dicha declaración y con la adopción las siguientes medidas:*

1º Atribución a D. Federico de la guarda y custodia de su hija. El ejercicio y titularidad de la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores.

2º Se establece a favor de doña Noemi el siguiente régimen de visitas:

Dª Noemi estará los fines de semana, desde la tarde del viernes, que recogerá la menor del colegio, hasta la mañana del lunes, que la llevará al colegio. Si se diera la situación de

"puente" o festivo unido a un fin de semana, la menor estará en compañía de su madre ese día, debiendo llevarla al día siguiente no festivo al colegio.

Dª Noemi estará con su hija una tarde entre semana desde la salida del colegio y hasta las 20:30 horas en que la llevará al domicilio paterno. En caso de discrepancia entre los progenitores sobre cuál debe ser esa tarde, será la tarde de los miércoles.

3º Cada progenitor estará con la niña la mitad de los periodos vacacionales de verano, Navidad y Semana Santa:

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos; la primera mitad se iniciará el de las vacaciones escolares y concluirá el 30 de diciembre a las 20:00 horas; la segunda mitad comenzará el día 30 de diciembre y terminará el día anterior del comienzo de las clases a las 20:00 horas. A falta de acuerdo, la primera mitad la menor estará con su padre los años pares, y con la madre los impares.

Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán en dos periodos a contar desde el primer día de las vacaciones escolares. La menor permanecerá con el padre la primera mitad en los años pares y la segunda en los impares, y viceversa.

En verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas, correspondiendo al padre durante los años pares la primera quincena de los meses de julio y agosto, y a la madre la segunda; y viceversa los años impares.

4º Dª Noemi deberá abonar la cantidad mensual de 180 € mensuales a favor de su hija en concepto de pensión por alimentos, cantidad que deberá abonar los cinco primeros días en la cuenta bancaria designada a tal efecto por D. Federico y se actualizará con efectos desde el primero de enero de cada año, y sin necesidad de requerimiento previo, conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, los gastos extraordinarios médico-sanitarios y de formación no cubiertos por los organismos públicos o por cualquier sistema de previsión serán sufragados al 50% entre ambos progenitores.

5º Se atribuye a D. Federico y a su hija el uso de la vivienda familiar.

6º Ambas partes deberá comunicarse sus cambios de domicilios, a fin de que pueda desarrollarse de una forma adecuada la relación de ambos padres con la menor y el cumplimiento del régimen de visitas y vacaciones.

No se hace pronunciamiento de condena en costas, de forma que cada parte pagará las suyas y las comunes por mitad.

SEGUNDO

.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Noemi la

[Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 20 de octubre de 2011 \(PROV 2012, 223327\)](#), cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Noemi representada por la procuradora sra Tejada del Castillo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda, con fecha 18 de abril de 2011, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con imposición de las costas causadas en esta instancia.*

TERCERO

.- Contra la expresada sentencia se interpuso **recurso de casación** por la representación procesal de doña Noemi con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO.-** Infracción en concepto de aplicación indebida de los artículos 90, 92 y siguientes del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), por su implicabilidad, sin pacífica doctrina al respecto. **SEGUNDO.-** Infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 de la [Ley Orgánica del Poder judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) en relación con el artículo 24 de la [Constitución española \(RCL 1978, 2836\)](#), por entender vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva y por infracción del art. 120 que impone la obligación de motivar las sentencias.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del [Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de diciembre de 2012 \(PROV 2012, 392519\)](#) se acordó:

1º.- Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Noemi, contra la [sentencia dictada, con fecha 20 de diciembre de 2011 \(PROV 2012, 223327\)](#), por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 412/ 2011, dimanante de los autos de Juicio Ordinario 293/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Elda.

2º.- Inadmitir el motivo segundo del recurso de casación.

Dese traslado a la parte para que formalice su oposición en el plazo de veinte días.

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

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de abril del 2013, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Don Federico formuló demanda de divorcio contra su esposa Doña Noemi en la que, además del divorcio, y, en lo que aquí interesa, solicitó que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija menor, nacida el NUM004 de 2006, con un régimen de visitas a determinar previo acuerdo de ambos progenitores, "pudiendo la Sra. Noemi visitar con total libertad a su hija, pero para el caso de desacuerdo y como mínimo" el que con detalle describe en su demanda.

Doña Noemi contestó a la demanda y reconvino para que, sobre este particular, se le asignara a ella los menesteres de guarda, con un régimen de visitas a favor de su esposo en la forma que también detalla en su escrito. Ninguno interesó que la guarda y custodia fuera compartida, salvo el Ministerio Fiscal, quien, sin embargo, se mantuvo inicialmente desfavorable a este régimen en el recurso de apelación formulado por Doña Noemi una vez que la sentencia del Juzgado puso a la hija bajo el cuidado de su padre y estableció un régimen de visitas a favor de la madre, que la sentencia de la Audiencia mantuvo, negando la guarda y custodia compartida " *dados los términos restrictivos que en ese sentido figuran en el art. 92-8 [CC \(LEG 1889, 27\)](#), cuyo tenor literal es claro al establecer que si los dos padres no están de acuerdo (supuesto del apartado 5) dicha modalidad sólo se acordará excepcionalmente y con informe favorable del Ministerio Fiscal. Esta Sala ha expresado en numerosas ocasiones su reserva frente a las diversas modalidades de este régimen, indicando que junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presenta inconvenientes como la menor estabilidad del status material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, etc Pues bien, si ya determinados extremos del contenido del informe y las alegaciones de las partes en la instancia permitían dudas sobre la disposición de los litigantes a la colaboración exigida por el régimen de custodia conjunta, el informe del Ministerio Fiscal en su recurso, y la oposición de padre al mismo, no hace procedente adoptar el mismo como solicita la madre, por lo que, en definitiva, ha de confirmarse la decisión del Juzgado de rechazarlo, mas a mas cuando la misma goza de un amplísimo régimen de visitas a favor de su hija el cual incluye la totalidad de los fines de semana, la mitad de las vacaciones, además de una tarde intersemanal*".

SEGUNDO

Contra a citada resolución D^a Noemi formuló un único motivo (el segundo fue inadmitido) por aplicación indebida de los artículos 90 , 92 y siguientes del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) (por error, sin duda, se cita el Código Penal) porque "existiendo informe favorable al respecto del Ministerio Fiscal que en primera instancia así lo hizo constar subsidiariamente, y en su informe de NO OPOSICION AL REGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA en preparación de apelación, incidiendo en que el informe psicológico que ambos progenitores tienen suficiente capacidad y voluntad de ejercer maternidad/paternidad responsable en sus distintas dimensiones cognitivas, afectiva y social".

El motivo se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.

Es cierto que la [STC 185/2012, de 17 de octubre \(RTC 2012, 185\)](#), ha declarado **inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil (LEG 1889, 27)**, según redacción dada por la [Ley 15/2005, de 8 de julio \(RCL 2005, 1471\)](#), de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.

Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

Pues bien, el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos **(sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio)**. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la **petición de uno, al menos de los progenitores**: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del

niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en [nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre \(RJ 2009, 7257\)](#), porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el art. 80 del [Código del Derecho foral de Aragón \(Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo \(LARG 2011, 118\)\)](#). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el art. 5.1 y 2 de la [Ley 5/2011, de 1 de abril \(LCV 2011, 156\)](#), de la Generalitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil.

En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala, 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 \(RJ 2010, 2329\)](#) y [11 de marzo de 2010 \(RJ 2010, 2340\)](#); [7 de julio de 2011 \(RJ 2011, 5008\)](#), entre otras). En primer lugar, el resultado del informe picosocial está dirigido a determinar aquello a lo que aspiraba cada uno de ellos sobre la guarda y custodia, es decir, a analizar cual de los estaba más capacitado para ejercer la guarda y custodia y precisar si era o no procedente que la menor pernoctara con la madre entre semana, todo ello con la finalidad de que se le atribuyera a uno en contra del otro al que únicamente se le reconocía un amplio régimen de visitas. En el recurso interpuesto se destacan las virtudes de cada progenitor en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una paternidad/paternidad responsable, olvidando que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda ([SSTS de 11 de marzo de 2010](#); [de 7 de julio de 2011](#); [de 21 de febrero de](#)

2011 , de [10 de enero de 2012 \(RJ 2012, 3642\)](#) entre otras). En segundo lugar, nada se argumenta sobre el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, antes al contrario, se mencionan episodios de orden penal e incluso retenciones puntuales de la niña por su padre. En tercer lugar, no es el sistema que uno y otro siguieron desde el año 2007 en que el matrimonio dejó de vivir en el mismo domicilio, discrepando incluso sobre cual de ellos residió desde entonces con la menor. En cuarto lugar, tampoco han podido concretarse las circunstancias laborales y personales de uno y de otro, incluso su lugar de residencia.

CUARTO

(sic) El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) 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.

QUINTO

Todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas, de ninguna de ambas instancias, ni de las causadas por este recurso.

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

F A L L A M O S

1º

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Noemi , contra la [sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha de 20 de octubre de dos mil once \(PROV 2012, 223327\)](#) , en el rollo de apelación

412/2011 ,

2º

Se casa y anula la sentencia recurrida, únicamente en lo que se refiere a la denegación de la guarda y custodia compartida de la hija menor del matrimonio, pronunciamiento que se mantiene si bien por razones distintas de las que señala la sentencia.

3º

Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) 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.

4º

No se hace expresa imposición de costas de ninguna de las instancias, ni tampoco de las de este recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y **Juan Antonio Xiol Ríos .Francisco Marín Castán .José Antonio Seijas Quintana . Francisco Javier Arroyo Fiestas. Román García Varela . Xavier O' Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José 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.