



Roj: **STS 164/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:164**

Id Cendoj: **28079110012017100038**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **398/2016**

Nº de Resolución: **48/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16281/2015,**
STS 164/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 26 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección veinticuatro de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 1605/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Enrique representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Mora García; siendo parte recurrida doña Fátima, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Vived de la Vega. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La procuradora doña Pilar Pérez González, en nombre y representación de doña Fátima, interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Enrique y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.- La disolución del matrimonio por divorcio, con todas las medidas dispuestas por Ley derivadas de dicha declaración, incluida la disolución de la sociedad legal de gananciales que viene rigiendo el matrimonio.

»2.- Se atribuya a la madre doña Fátima la guarda y custodia de las hijas menores, Marí Luz, Felicísima y Sara, tal y como viene ejerciendo desde la separación de hecho, ejerciendo ambos progenitores de forma compartida la patria potestad.

»3.- En orden al derecho de visitas, comunicación y estancias de las niñas con su padre, se establezca:

PERIODO LECTIVO:

»El padre podrá estar en compañía de sus hijas los fines de semana alternos, desde los viernes a la salida del colegio hasta el domingo, a las 19,30 horas, debiendo el padre y reintegrar a las hijas, en el domicilio familiar.

»Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a este por puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios las hijas, se considerará este período agregado al fin de semana y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el citado fin de semana. Una tarde entre semana, recogiendo a las niñas a la salida del colegio hasta las 19,30 horas, debiendo reintegrar el padre a las hijas en el domicilio familiar.

TODAS VACACIONES:



- »Las vacaciones de Semana Santa, por su escasa duración, serán disfrutadas por entero da por cada progenitor alternativamente comenzando a disfrutar de las mismas el padre los años pares y la madre los impares.
- »Las vacaciones de verano, se disfrutarán por meses completos (julio o agosto) con cada progenitor, bajo el criterio principal del acuerdo de los progenitores para elección de cada periodo de disfrute y a falta de acuerdo, bajo el criterio de elección los años pares la y los impares el padre.
- »Las vacaciones de Navidad se partirán en dos períodos bajo el criterio principal del a cuerdo de los progenitores para elección de cada período de disfrute, y a falta de cuerdo, bajo el criterio de elección los años pares la madre y los impares el padre uno desde las 17 horas del día de inicio de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 19.30 horas, y otro desde dicho día a las 19,30 horas, hasta las 19,30 horas del día inmediatamente anterior al comienzo de la actividad escolar.
- »Las comunicaciones sobre las opciones por cada período se comunicarán al otro progenitor en cuanto a las de verano, antes del día 15 de mayo de cada año; en cuanto a de Navidad, antes del día 8 de diciembre, y en cuanto a las de Semana Santa, con al menos 20 días de antelación a la fecha de comienzo de las vacaciones escolares de esa festividad, debiendo efectuarse tal comunicación mediante burofax u otro medio fehaciente. cualquier otro período vacacional que pudiera existir, se disfrutará por mitad con los mismos criterios anteriores.
- »Durante los períodos de vacaciones establecidos se suspenderá el régimen de visitas y estancias de fines de semana y tarde intersemanal, reanudándolos trascurridos tales períodos, en el estado de alternancia en que se encontraran antes de cada período vacacional.
- »4.- Se establezca que el uso de la vivienda familiar sita en Madrid, DIRECCION000 (C.P 28691), CALLE000 , NUM000 planta NUM001 , piso NUM001 NUM002 se mantenga y se otorgue a la esposa junto con las tres hijas. Deberá ordenarse al esposo que termine de llevarse los enseres personales que aun puedan permanecer en el domicilio..
- »5.- Se acuerde que el padre contribuirá a los alimentos de las hijas del matrimonio hasta que éstas adquieran independencia, en la cantidad mensual de 550 euros por cada una de ellas, ingresándola en la cuenta bancaria que designe la esposa dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas y debiendo ser esta suma actualizada anualmente según los incrementos y variaciones que sufra el IPC, que publica el Nacional de Estadística.
- »En cuanto a los gastos extraordinarios, entendidos estos por actos médicos no Cubiertos por la Seguridad Social o por entidad médica (ortodoncia, gafas, entre otros), así como clases particulares, cursos, viajes, u otros que tengan el carácter de extraordinario por su excepcionalidad o cuantía, serán satisfechos por mitad entre los progenitores previa aprobación de concepto y presupuesto por ambos. orden a las cargas del matrimonio relativas a la vivienda familiar sita en Madrid, DIRECCION000 (CP 28691), con domicilio en CALLE000 , NUM000 planta NUM001 , NUM002 se determine sean asumidas por mitad entre las partes, por ser ambos sus y en Concreto la deuda derivada de la hipoteca que grava la vivienda familiar, préstamo numero NUM003 constituida en la entidad bancaria Liberbank SA prima del seguro de la vivienda familiar».
- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.
- 2.- La procuradora doña Isabel Mora García, en nombre y representación de don Enrique , 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 la desestimación de la demanda, en cuanto a las medidas solicitadas, y acuerde, la estimación de la demanda de divorcio y las medidas propuestas por esta parte en dicho escrito y que son
- »1.- Revocación provisional de los poderes entre los esposos
- »2.- PATRIA POTESTAD
- »Las hijas del matrimonio, Marí Luz , Felicisima y Sara , continuaran bajo la patria potestad de ambos cónyuges, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de las menores, obligándose los comparecientes a adoptar de común acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a las hijas y de modo especial, aquellas relativas a su educación y formación. Cuando no pudieran ponerse de acuerdo los Progenitores, acudirán a la decisión judicial.
- »3.- Se establece la GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA por ambos progenitores de las hijas comunes, alternando los períodos de estancia de las niñas con cada progenitor de la siguiente manera:



»a) Durante el periodo escolar:

» LA MADRE pasará con las menores los días lunes y los martes, recogiendo y reintegrando igualmente al Colegio, salvo que fuere lectivo en cuyo caso, los llevará al domicilio del padre.

» EL PADRE pasará con las menores los días miércoles y jueves, recogiendo y reintegrando igualmente al Colegio, salvo que fuere lectivo en cuyo caso, los llevará al domicilio del padre.

» Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del Colegio hasta el Lunes por la mañana que lo reintegrará al Centro Escolar. Si fuera festivo o no lectivo, se sumará al fin de semana, reintegrándolo al día siguiente al Centro Escolar.

»Y en todo caso, el que recomiende en su caso como mejor opción el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado para las menores.

»Para el cómputo de los fines de semana alternos, el padre pasará con las hijas el primero que corresponda según la fecha la Sentencia, y la madre el siguiente, y así sucesivamente.

»Si se diera la situación de "puente" unido a un fin de semana, de tal modo que el puente lo tengan los menores, o el progenitor compartiera ese fin de semana, o ambos, las menores estarán en compañía de aquel progenitor al que corresponda ese fin de semana. El mismo régimen se seguirá con el día festivo, o no lectivo, unido a un fin de semana.

»En cuanto a las fiestas del día del padre y de la madre, así como los respectivos cumpleaños de ambos progenitores, lo pasarán hijas con aquél progenitor que le corresponda la celebración. Si coincidieran las mismas con el periodo de estancia que le correspondiere al otro progenitor, ambos acuerdan ceder ese día a favor del otro para que las hijas puedan disfrutar dicha festividad con el progenitor correspondiente. El progenitor celebrante recogerá al menor a la salida del Colegio, o a las 16:00 horas si día no lectivo, reintegrándolo al día siguiente al Colegio, o al domicilio del otro progenitor a las 09:00 si fuese día laborable no activo, o a las 12:00 si fuera festivo.

»b) Durante el período de vacaciones: Las vacaciones de Navidad Reyes y Semana Santa y Verano serán repartidas por mitades alternativas, eligiendo el padre los años pares los períodos que las menores pasarán en su compañía y la madre en los años impares, forma siguiente:

»En cuanto a las vacaciones de Navidad y Reyes, salvo acuerdo expreso en contrario, el primer periodo comprenderá desde la salida del Colegio el último día lectivo antes de las vacaciones escolares hasta el día 31 de diciembre a las 16:00 horas, incluyendo por tanto Noche Buena y Navidad, y el segundo se iniciará a las 16:00 horas del 31 de diciembre hasta el primer día lectivo en el que el menor será reintegrado al centro docente, incluyendo las festividades de Fin de Año y Reyes.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, podrán disfrutarse a tiempo completo por cada uno de los progenitores de forma alterna cada año, correspondiendo al padre en los años pares y a la madre en los impares. No obstante, si existiese acuerdo, podrá disfrutar cada progenitor de un periodo, comprendido el primero desde la recogida del menor del centro docente el último día lectivo anterior a las vacaciones, hasta las 2000 horas del miércoles de la Semana Santa, comprendiendo el segundo periodo desde las 20:00 horas del miércoles de Semana Santa hasta la incorporación al Colegio en el primer día lectivo posterior a las vacaciones. En caso de que se acordase un año seguir esta segunda opción, el progenitor beneficiado no podrá oponerse al año siguiente a repetir el sistema elegido, si el otro progenitor lo propone.

»En cuanto a las vacaciones de verano, comprenderán los meses de los días no lectivos de junio, julio, agosto y días no lectivo de septiembre, y se repartirán por mitad entre los dos progenitores, correspondiendo a uno, los días no lectivo de junio y el mes de julio y al otro, el mes de agosto y los días no lectivos de septiembre, eligiendo en la forma establecida al principio de este apartado.

»Si las hijas estuvieran en lugar diferente al del domicilio señalado por el padre, deberá éste comunicar a la madre el sitio en el que permanezca, para facilitar las comunicaciones y el contacto durante estos períodos vacacionales. Igual obligación corresponderá a la madre en la parte del periodo vacacional que tenga sus hijas con ella. La misma obligación tendrán los progenitores en los puentes o fines de semana en los que se produzcan desplazamientos de los menores.

»Y además podrán comunicarse telefónicamente con sus hijas con total respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o los menores.

»4.- Domicilio.



» El último familiar sito en DIRECCION000 (Madrid), CALLE000 nº NUM000 Planta NUM001 , NUM001 NUM002 , se atribuye a las menores, hasta que se proceda su venta, pudiendo optar cualquiera de los cónyuges a la compra de la misma previa tasación de perito judicial descontando la hipoteca que grava la vivienda al momento de la adjudicación.

» 5. ALIMENTOS DE LAS HIJAS MENORES.

»Cada progenitor se hará cargo de la manutención integral de las hijas en los periodos en que éstas vivan con cada uno de ellas.

»Respecto a los gastos fijos mensuales, como colegio, libros, material ropa y zapatos deporte y otros serán sufragados al 50% por ambos progenitores En cuanto a los gastos fijos, se domiciliarán a una cuenta que se tendrá al efecto, en la que ambos progenitores deberán ingresar la mitad del importe al que asciendan los mismos.

»En cuanto a los gastos extraordinarios de las hijas menores por actos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, o la entidad Médica a la que se pertenezca, se repartirán por iguales partes entre ambos progenitores. Igual tratamiento tendrán los demás gastos extraordinarios que resulten necesarios

»Por el contrario, los gastos extraordinarios que no sean necesarios serán por cuenta del progenitor que los promueva, salvo acuerdo expreso de ambos.

»Abono del 50% por cada uno de los esposos de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda, seguro de la vivienda, recibo del IBI y derramas de la comunidad. SUBSIDIARIAMENTE para el caso que no se estime una GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA se establezca una GUARDA Y CUSTODIA al padre de las tres menores.

GUARDA Y CUSTODIA

»Las hijas del matrimonio, Marí Luz , Felicísima y Sara quedarán bajo la guarda y custodia del padre en cuya compañía vivirán, sin perjuicio derecho a comunicarse y permanecer con su madre de conformidad con lo B establecido en la Cláusula siguiente.

»RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, VISITAS Y ESTANCIA.

»Durante el período escolar:

»La madre tendrá en su compañía a sus hijas los fines de semana desde el viernes a la salida del Colegio, hasta el lunes que los reintegrará nuevamente al Colegio; y dos días entre semana, es decir, los martes y los jueves desde la salida del Colegio hasta el día siguiente que las integrará al Colegio.

»Si hubiera una festividad o puente inmediatamente antes o después de un fin de semana se acumulará al fin de semana correspondiendo al progenitor con el que las menores se encuentren disfrutando el derecho de visitas.

»En el supuesto de que las hijas necesitasen algún fin de semana para actividades escolares el progenitor que le corresponda el fin de semana perderá tal derecho computándose como vencido.

»B. Durante las vacaciones de navidad.

»En cuanto a las vacaciones de Navidad, se entenderá por tal periodo el entre el transcurrido entre el 23 y el 30 de Diciembre ambos inclusive, y el 31 de diciembre y el 6 de Enero ambos incluidos, que se repartirán, por mitad entre los progenitores correspondiendo, en caso de desacuerdo en la elección del periodo vacacional, a la madre elegir los años impares el período que deba pasar con ellas , y al padre en los años pares.

»El progenitor a quien corresponda disfrutar del periodo vacacional a las niñas en el lugar acordado por ambas partes no más tarde de las 21,00 horas del día último del periodo elegido, es decir, del 30 de diciembre o del 6 de enero.

»C. Vacaciones de Semana Santa y Puente de Mayo:

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, en el supuesto de no llegar a un acuerdo entre los progenitores, podrá disfrutar de la compañía de sus hijas la madre los años impares, mientras que el padre podrá hacerlo los años pares, siendo a la inversa durante el Puente de Mayo. Durante los períodos vacacionales de Verano.

»En cuanto a las vacaciones de verano, que comprende el período correspondiente a los días no lectivos de junio, julio, agosto y días no lectivos de septiembre, y se repartirán por mitad entre los dos progenitores, correspondiendo a uno, los días no lectivo de junio y el mes de julio y al otro, el mes de agosto y los días no lectivos de septiembre, eligiendo el padre los años pares y a la madre los años impares.



»Si las hijas, estuvieran en lugar diferente al del domicilio señalado por la madre, deberá este comunicar a la madre el sitio en el que permanezca, para facilitar las comunicaciones y el contacto durante estos períodos vacacionales. Igual obligación corresponderá al padre en la parte del periodo vacacional que sus hijas con ella.

»E. En cuanto a las fiestas del día del padre y de la madre, y cualquier otro que los progenitores de común acuerdo consideren, ambos acuerdan que las hijas pasen el día con el progenitor a quien corresponda la celebración. Si coinciden las mismas con el período de visitas que le correspondiere al otro progenitor, ambos acuerdan ceder ese día a favor del otro para que las hijas puedan disfrutar dicha festividad con el progenitor correspondiente

»G. El régimen de visitas de los fines de semana alternos quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, días no lectivos, Semana santa y verano.

»4.-Domicilio familiar.

»El último domicilio conyugal se estableció en la vivienda sita en DIRECCION000 (Madrid), CALLE000 n° NUM000 Planta NUM001 . NUM001 NUM002 , dicho domicilio se atribuye al Sr. Enrique ya las hijas Marí Luz , Felicísima y Sara quien convivirán.

»6.- Pensión Alimenticia para los hijos del matrimonio.

»La madre abonará en concepto de pensión alimenticia la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS AL MES (150 Euros mes) para cada una de las hijas del matrimonio.

»Cantidad mencionada en la cláusula anterior, será satisfecha por mensualidades anticipadas, doce meses al año, dentro de los cinco primeros cada mes, mediante ingreso en la cuenta que designe el padre.

»El importe de la cantidad señalada en la Cláusula anterior se actualizará anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el Índice de precios al Consumo, que al efecto publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Oficial que en su caso le sustituya.

»6. Gastos Extraordinarios-

»Los gastos extraordinarios de los hijos menores, por actos médicos no tos por la Seguridad Social, o la entidad Médica a la que pertenezca, satisfechos al 50 % por ambos progenitores.

»7. Abono del 50 % por cada uno de los esposos de la cuota del préstamo

hipotecario que grava la vivienda, seguro de la vivienda, recibo del IBI.

»Y subsidiariamente para el hipotético caso que, no se atribuyera la guarda y custodia una guarda y custodia compartida a los dos progenitores o subsidiariamente al padre, deberán adoptarse las mismas medidas que se fijen para la madre a favor del padre».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue fallo:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Fátima y parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Enrique decretando la disolución por divorcio del matrimonio de los expresados con todos los efectos legales inherentes, y en especial, los siguientes:

»1.- La revocación de todos los poderes y consentimientos otorgados entre los cónyuges. Disolución de la sociedad de gananciales.

»2.- Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores a la madre, correspondiendo a ambos progenitores la patria potestad y con un régimen de visitas y estancias de las menores con su padre en defecto de otro acuerdo entre los progenitores, en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana en que las reintegrará al centro escolar. Al fin de semana correspondiente se añadirán los días festivos y puentes escolares.

»También corresponde al padre estar con las menores un día entre semana, que en defecto de otro acuerdo, serán los miércoles, desde la salida del colegio hasta la mañana de los Jueves en que las reintegrará al centro escolar.

»Corresponde a cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, que en caso de desacuerdo elegirá la madre los años pares y el padre los impares. Debiendo comunicar el progenitor al que le corresponda elegir al otro progenitor el período elegido con al menos un mes de antelación al comienzo de su disfrute.



- »Las entregas y recogidas que no sean en el centro escolar, serán en el domicilio materno.
- »3.- Se atribuye a las hijas y a la madre que queda con su custodia el uso y disfrute de la que fuera la vivienda familiar.
- »La atribución del uso y disfrute conlleva la del ajuar y mobiliario existente en la misma.
- »La madre abonará los gastos de suministro de servicios a la vivienda y comunidad de propietarios ordinaria.
- »El IBI, hipoteca, seguro, derramas extraordinarias de la comunidad de propietarios y demás gastos inherentes a la propiedad serán abonados al 50%.
- »4.- Se fija una pensión de alimentos a favor de las hijas y con cargo al padre por el importe de 400 euros al mes, por cada una de las hijas.
- »Cantidad que deberá abonarse desde la fecha del dictado del auto de medidas, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la madre y que será actualizada conforme al IPC establecido para la anualidad anterior, por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.
- »Los gastos extraordinarios de las hijas serán abonados en un 50% por ambos progenitores, entre otros los gastos médicos y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, los complementarios de educación y formación, previo acuerdo entre los progenitores a su establecimiento o en su defecto autorización judicial, salvo en los casos de urgencia.
- »5.-Se desestima la petición de establecimiento de una pensión compensatoria para la esposa.
- »No se hace imposición en materia de costas.
- »Comuníquese esta Sentencia, una vez que sea firme, a las oficinas del Registro Civil en que conste la inscripción de matrimonio de los sujetos del pleito».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Enrique . La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Enrique , representado por la Procuradora Da. ISABEL MORA GARCÍA, contra la sentencia de fecha 16 de Septiembre de 2.015; del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Móstoles ; dictada en el proceso sobre Divorcio número 1605/13; seguido con D^a Fátima , representada por la Procuradora D^a PILAR PÉREZ GONZÁLEZ, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la mentada resolución; y en su consecuencia debemos ACORDAR:

- » D. Enrique abonará en concepto de alimentos a favor de sus hijas la suma de 900 €; prestación que hará efectiva en doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes y se actualizara anualmente con efecto de primero de enero de cada año conforme al incremento de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística.
- »Manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia disidente; todo ello sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia.
- »Siendo estimatorio el recurso, procédase a la devolución del depósito al consiguiente, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita».

CUARTO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Enrique con apoyo en los siguientes:

«Motivo.- Único.- Por interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección vigésimocuarta se opone a la doctrina jurisprudencia del **Tribunal Supremo** en materia de guarda y custodia compartida».

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de septiembre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Pilar Vived de la Vega, en nombre y representación de doña Fátima , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case la sentencia y se dicte otra por la que se fije el régimen de guarda y custodia compartida para las hijas menores del matrimonio.



SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El matrimonio ahora litigante tiene tres hijas menores: dos de ellas nacidas el NUM004 de 2005. La otra el NUM005 de 2009. En juicio de divorcio, y en lo que aquí interesa, se atribuyó a la madre su guarda y custodia con un régimen de visitas a favor del padre, de fines de semana alternos y un día intersemanal con pernocta y vacaciones por mitad.

La sentencia fue recurrida en apelación con el resultado de negar al padre la guarda y custodia compartida que había interesado y de mantener lo acordado por el juzgado con el siguiente argumento:

«si bien reconoce en el presente caso la capacidad de ambos para ejercer las funciones de guarda y custodia y disponibilidad laboral y proximidad de domicilio de él; no es menos cierto que en el presente caso de autos es ella quien durante la vida de las menores ha sido su cuidadora principal.

»Siendo por otra parte la relación de los litigantes inexistentes, cuando la guarda y custodia compartida exige un mínimo de comunicación y de consenso entre ellos en el seguimiento y desarrollo de los menores; por lo que resulta más idónea para tales funciones que la madre ejerza con carácter exclusivo la función de guarda y custodia; y máxime cuando al padre se le reconoce y se acuerda un amplio régimen de visitas que posibilita y fomenta la consolidación de la relación afectiva y continuada entre él y las hijas habidas».

SEGUNDO.- Se formula recurso de casación estructurado en un motivo único basado en que la sentencia se opone a la doctrina de esta Sala sobre guarda y custodia compartida. Cita las sentencias de 25 de abril y 2 de julio de 2014 y considera que las razones que esgrime la sentencia no constituyen fundamento suficiente para denegar la custodia compartida interesada estando como está acreditado que ambos progenitores están capacitados para ostentarla; que las menores mantienen vínculos con uno y otro; la proximidad del domicilio, el trabajo del padre y que las relaciones entre ambos progenitores no impiden el dialogo.

Se desestima.

Cierto es que la sentencia incurre en dos errores fundamentales en la solución del conflicto. El primero, y más grave por razones de simple igualdad y seguridad jurídica en la aplicación de la jurisprudencia, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (artículo 1.6 CC), puesto que la sentencia desconoce los criterios de aplicación establecidos reiteradamente por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida. El segundo, la contradicción en que incurre al denegarla en razón a las malas relaciones existentes entre ambos progenitores, sin atender al interés de las niñas expresado en recientes sentencias de esta Sala como la de 3 de mayo 2016 , citando las de 30 de octubre de 2014 y 17 de julio de 2015 , cuando afirma que «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos».

El recurso, sin embargo no puede ser admitido por una doble razón procesal y sustantiva. En primer lugar por falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de la norma sustantiva infringida (art. 483. 2. 2º en relación con los artículos 481.1 y 487.3 LEC), lo que sería causa suficiente de inadmisión (STS de 22 de diciembre de 2011 , 26 de junio 2015), y porque no es más que una reiteración casi literal de lo que ya expuso con motivo del recurso de apelación.

En segundo lugar, porque, frente el hecho acreditado de que la madre es la progenitora principal de referencia, lo que la parte ahora recurrente propuso inicialmente no es lo que sostuvo después en razón a una nueva jornada laboral con cambio de turno. Lo que pretendía era pasar con las menores los miércoles y los jueves, además de los fines de semana alternos y periodos correspondientes de vacaciones de navidad, semana santa y verano, repartidas por mitad y, como dice la sentencia de 3 de mayo de 2016 , «...Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio»



«Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

»En atención a lo razonado el motivo no puede prosperar, en el buen entendimiento de que no se niega el régimen de custodia compartida por ser per se desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquella».

TERCERO.- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por la representación legal de don Enrique , contra la sentencia dictada por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2015 ; con expresa imposición de las costas al recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.