



Roj: **STS 2347/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2347**

Id Cendoj: **28079110012017100360**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2017**

Nº de Recurso: **1495/2016**

Nº de Resolución: **370/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de divorcio contencioso n.º 1277/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ontinyent; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Inocencia, representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo; siendo parte recurrida don Fabio, representado por el procurador de los Tribunales don José Manuel Caloto Carpintero. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.1.- La representación procesal de doña Inocencia, interpuso demanda de divorcio y solicitud de medidas provisionales contra don Fabio, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara

«..Sentencia en la que se adopten como definitivas las medidas provisionales solicitadas, con expresa imposición de costas a la parte demandada, para el caso de que se opusiera a la misma.»

2.1.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando dicte

«...sentencia por la que se aprueben las medidas solicitadas por esta parte en el expositivo de esta demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.»

2.2. El Ministerio Fiscal se personó y contestó asimismo la demanda.

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 n.º 1 de Ontinyent, dictó sentencia con fecha 13 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Con estimación parcial de la demanda presentada por la representación procesal de Dña. Inocencia, DECLARO la disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña. Inocencia y D. Fabio, con todos os efectos inherentes a la misma, y en particular los siguientes:

»1º.- La patria potestad del hijo común menor de edad será ejercida de forma compartida por ambos progenitores.

»2º.- El régimen de convivencia de los progenitores con el hijo menor de edad será compartido, atribuyendo al hijo menor de edad el uso del domicilio familiar, y siendo los padres quienes alternen por periodos semanales



la convivencia con el menor en el mismo, desde el viernes a la hora de salida del colegio, hasta el viernes siguiente a la misma hora. El progenitor que no conviva con el menor podrá disfrutar de su compañía un día intersemanal, con pernocta, desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la hora de entrada en el centro escolar. En defecto de acuerdo de los progenitores en otro sentido, dicho día de relación con el progenitor no custodio será los miércoles.

»Los periodos de vacaciones escolares del menor, se distribuirán por mitad entre los progenitores. En las vacaciones escolares de verano, los periodos correspondientes a cada progenitor se distribuirán por semanas alternas.

»3º.- El uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en el nº NUM000 de la CALLE000 de Alfarrasí, y del ajuar doméstico, se atribuye al hijo menor de edad, y a los dos progenitores, que convivirán con el menor en el mismo en régimen de custodia compartida, por semanas alternas, y la mitad de las vacaciones escolares del menor.

»Los dos progenitores pagarán por mitad las facturas de suministros del inmueble, el IBI, los gastos de comunidad, en su caso, y el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, sin que haya lugar a fijar a favor de ninguno de ellos la compensación por la pérdida del uso de la vivienda común que regula el art. 6.1 de la Ley valenciana.

»4º.-El régimen de relaciones de las hijas menores con sus respectivos abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas a que se refiere el art. 4 de la Ley 5/2011, siempre en defecto de acuerdo de los progenitores en otro sentido, tendrá lugar de manera que aquél progenitor en cuya compañía se encuentren las menores se encargará de facilitar las relaciones y comunicaciones con sus respectivos familiares y allegados.

»5º.- Los gastos ordinarios deberán ser abonados por mitad por los progenitores. Para hacer frente a los mismos, cada uno de los progenitores deberá ingresar 100 euros al mes, dentro de los cinco primeros días, en la cuenta que a tal efecto designen los dos progenitores. Dicha cantidad se actualizará anualmente, de acuerdo con la variación que experimente el IPC o índice que lo sustituya una de las menores. Dicha suma, que deberá ingresarse entre los días 1 y 5 de cada mes, se actualizará anualmente conforme a la variación del IPC o del índice que le sustituya.

»Los gastos extraordinarios del hijo común deberán ser satisfechos por mitad por los progenitores.

»No ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre la imposición de costas procesales.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2016, cuyo Fallo es como sigue:

«Declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación realizada por D. Fabio y a la impugnación realizada por Dª. Inocencia contra la sentencia de fecha 13-7-2015 dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 1 de Onteniente cuya resolución revocamos en el sentido de que el padre podrá residir en la localidad de Beneixama, siendo a cargo de la actora los gastos de uso ordinarios de la vivienda familiar en tanto que los demás gastos correspondientes a la propiedad, entre los que se encuentra el I.B.I. son a cargo de ambos progenitores por mitad, así como que deberá abonar la actora al demandado en concepto de compensación por el uso de la vivienda familiar la suma de 120 euros mensuales, suprimiendo la pernocta de la visita entre semana, y manteniendo el resto de las demás medidas, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.»

TERCERO.- El procurador don Vicente B. Francés Silvestre, en nombre y representación de doña Inocencia formalizó recurso de casación por interés casacional fundado, como único motivo, en la infracción del artículo 96, párrafo segundo, del Código Civil, el artículo 6 de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los derechos del niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992). Alega que se contradice la doctrina contenida en las sentencias de esta sala de 11/02/2016, 17/06/2013, 17/10/2013, 15/10/2014 y 24/10/2014.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 11 de enero de 2017 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, don Fabio, y al Ministerio Fiscal, que se han opuesto a su estimación.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 24 de mayo de 2017.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de febrero de 2015, doña Inocencia interpuso demanda de divorcio frente a su esposo don Fabio , en la que, entre otros pedimentos, se solicitaba la adopción de medidas definitivas respecto del hijo común, Santos , nacido el NUM001 de 2011.

La sentencia de primera instancia acordó respecto del menor el régimen de guarda y custodia compartida, atribuyendo a dicho menor el uso del domicilio familiar, y siendo los padres quienes debían alternar -por períodos semanales- la convivencia con su hijo en el mismo. Igualmente se decidió que, en caso de discrepancia sobre la localidad en que debería ser escolarizado el menor, de acuerdo con la prueba pericial psicológica aportada, debería serlo en la localidad de Alfarrasí, pues allí radica el domicilio familiar, evitándole desplazamientos, y también es donde puede suplir la familia extensa de la madre, o personas de su confianza, los momentos en que ninguno de los progenitores puedan encargarse personalmente del cuidado del menor.

El padre recurrió en apelación sobre dicho pronunciamiento y la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.ª) dictó sentencia de fecha 9 de marzo de 2016 que fue estimatoria en parte del recurso. Considera la Audiencia Provincial que la edad del menor no constituye obstáculo para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida con alternancia semanal en diferentes domicilios y localidades (Alfarrasí y Beneixama, respectivamente), pues el tiempo utilizado en el desplazamiento de una a otra, de cuarenta y tres minutos, no resulta excesivo.

SEGUNDO.- El recurso de casación, interpuesto por la madre, denuncia la vulneración del artículo 96.2 CC , el artículo 6 de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares, el artículo 2 de la LO 8/2015 , artículo 3.1 de la Convención Universal de Derechos del Niño, artículo 24.2 de la Carta de Derechos de la Unión Europea, y el principio n.º 15 de la Carta de Derechos del Niño, en relación con el interés del menor. Cita como infringida la jurisprudencia emanada de las sentencias de esta sala de 11/02/2016 , 17/06/2013 , 17/10/2013 , 15/10/2014 y 24/10/2014 .

El núcleo de las infracciones denunciadas se centra en el hecho de que -según se afirma por la parte recurrente- no se ha respetado el interés superior del menor, al que se remiten las sentencias citadas, al establecer que la guarda y custodia compartida se ejerza residiendo los progenitores en localidades distintas que distan entre sí unos cuarenta y seis kilómetros como son Alfarrasí, donde se encontraba el domicilio familiar, y Beneixama, que es donde pretende residir el padre, lo que comporta desplazamientos perjudiciales para el menor.

Hay que tener en cuenta que, con posterioridad al dictado de la sentencia hoy recurrida, se ha producido un hecho que, aunque no se ha acreditado en forma en los autos y debió haberlo sido, aparece reconocido por todas la partes y, en consecuencia, ha de tenerse por cierto. Se trata de que, por decisión de la Audiencia Provincial de Valencia, el menor Santos está escolarizado en la localidad de Onteniente, en el colegio en el cual el padre trabaja como profesor. De modo que, dado que Onteniente se encuentra prácticamente equidistante entre las dos localidades de residencia de los padres -Alfarrasí y Beneixama- resulta igual de gravoso para el menor el traslado al colegio desde una u otra localidad.

El régimen de custodia compartida -sobre cuyo establecimiento no se ha discutido en el caso- supone evidentemente beneficios para el menor y también alguna dificultad, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambio de domicilio en períodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores. Esta sala se ha pronunciado a favor de evitar que ello comporte la necesidad de notables desplazamientos hasta el lugar de escolarización durante el tiempo en que el menor reside en alguno de los domicilios de dichos progenitores (por todas, la reciente sentencia núm. 748/2016, de 21 diciembre), pero, como se ha dicho, no es ésta la situación del presente caso en que dicha dificultad aparece superada. De ahí que en este supuesto resulte factible que la residencia del hijo cambie por períodos semanales entre ambas localidades donde habitan sus progenitores -con custodia compartida- pues ello no supone especiales dificultades para el mismo.

TERCERO.- Procede por ello la confirmación de la sentencia impugnada, con desestimación del recurso de casación; no obstante lo cual procede hacer uso de la facultad que se deriva de los artículos 398 y 394 LEC en orden a no hacer imposición de costas a la parte recurrente, dado que la sentencia impugnada partía de unos hechos que esta sala entiende que no debían dar lugar a la revocación de la sentencia de primera instancia; hechos que han sufrido una notable alteración -escolarización del menor en Onteniente- con posterioridad. Sí procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,



esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Inocencia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.ª) de fecha 9 de marzo de 2016, en Rollo de Apelación n.º 1277/15 dimanante de juicio de divorcio número 104/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Onteniente. 2.º- Confirmar la sentencia recurrida. 3.º- No hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas por el presente recurso. 4.º- Decretar la pérdida del depósito constituido para su interposición. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ