



Roj: **STS 40/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:40**

Id Cendoj: **28079110012018100012**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2018**

Nº de Recurso: **75/2017**

Nº de Resolución: **11/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 11/2018

Fecha de sentencia: 11/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 75/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2017

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 22.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 75/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 11/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 11 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Romeo , representado por la procuradora doña Lucía Gloria Sánchez Nieto, bajo la dirección Letrada de doña Virginia Arce Aguilar, contra la sentencia dictada con fecha 11 de noviembre de 2016 por la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en los autos de divorcio contencioso n.º 688/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Valdemoro. Ha sido parte recurrida doña Sagrario representada por el procurador don Antonio Roncero Contreras, bajo la dirección letrada de doña Amparo Avelina Godoy Moreno

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Pilar Moraleda Valenzuela, en nombre y representación de doña Sagrario , interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso, contra don Romeo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente.

«estimatoria de la solicitud de divorcio pretendida con expresa imposición de las costas a la parte demandada, si fuera necesario, por la que declare disuelto el matrimonio entre las partes, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y acordando, además, las siguientes medidas reguladoras de los efectos del divorcio:

»1.- PATRIA POTESTAD. La patria potestad del hijo menor de las partes será ejercida por ambos progenitores, si bien la progenitora tendrá la facultad de poder decidir viajar con el menor a Francia, sin necesidad de contar con el consentimiento del progenitor o autorización judicial, a fin de poder visitar a la familia extensa materna, siempre que ello no entorpezca o imposibilite el régimen de visitas establecido para el progenitor.

»2.- GUARDA Y CUSTODIA. La guarda y custodia del hijo habrá de otorgarse a la madre, Dña. Sagrario , con quien el menor convivirá de forma habitual.

»3.- RÉGIMEN DE VISITAS. Habrá de incorporarse de forma paulatina conforme a las siguientes pautas:

»A. Hasta que el menor cumpla dos años de edad, el progenitor podrá visitar a éste las tardes de los martes y jueves entre las 17.00 y las 19.30 horas en el domicilio-materno.

» En cuanto a las vacaciones de Semana Santa (desde el viernes inmediatamente anterior hasta el domingo de resurrección, ambos inclusive), Navidad (del 22 de diciembre al 7 de enero, ambos inclusive) y mes de Agosto, dichos períodos se dividirán en dos mitades, de tal modo que en una de ellas el padre podrá acudir a visitar al menor al domicilio materno todas las tardes de todos los días que comprenda dicha mitad entre las 17,00 y las 19,30 horas, en tanto que durante la otra mitad se suspenderá el régimen de visitas correspondiendo la estancia a la madre.

» Los concretos períodos referidos serán:

»- En Semana Santa, el primer período desde el viernes inmediatamente anterior hasta el martes santo (ambos inclusive) y el segundo desde el miércoles santo hasta el domingo de resurrección (ambos inclusive).

»- En Navidad, el primer período correrá desde el 22 de diciembre hasta el 30 de diciembre (ambos inclusive) y el segundo desde el 31 de diciembre hasta el 7 de enero (ambos inclusive).

»- En Agosto, el primer período correrá desde el 1 de agosto hasta el 15 de agosto (ambos inclusive) y el segundo desde el 16 de agosto hasta el 31 de agosto (ambos inclusive).

» La elección de la concreta mitad del período vacacional que establezca las visitas diarias durante estos períodos vacacionales o la suspensión de ellas, corresponderá a la progenitora en los años pares y al progenitor en los años impares.

»B. Desde que el menor cumpla los dos años de edad y hasta los cuatro años el progenitor disfrutará de la compañía de su hijo en fines de semana alternos, sin pernocta, entre las 11:00 y las 20:00 horas del sábado y las 11:00 y las 20:00 horas del domingo. Las recogidas y entregas del menor por el progenitor se realizarán en el domicilio materno.

»Asimismo, tendrá lugar una visita intersemanal la tarde de los jueves desde las 17:00 horas, hasta las 20:00 horas, en que el padre habrá de retornar al menor al domicilio materno.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa (desde el viernes inmediatamente anterior hasta el domingo de resurrección, ambos inclusive), Navidad (del 22 de diciembre al 7 de enero, ambos inclusive) y mes de Agosto, dichos períodos se dividirán en dos mitades, de tal modo que en una de ellas el padre podrá tener en



su compañía al menor todos los días que comprenda dicha mitad entre las 11:00 y las 20:00 horas, en tanto que durante la otra mitad se suspenderá el régimen de visitas correspondiendo la estancia a la madre.

» Los concretos períodos referidos serán:

»-En Semana Santa, el primer período desde el viernes inmediatamente anterior hasta el martes santo (ambos inclusive) y el segundo desde el miércoles santo hasta el domingo de resurrección (ambos inclusive).

»-En Navidad, el primer período correrá desde el 22 de diciembre hasta el 30 de diciembre (ambos inclusive) y el segundo desde el 31 de diciembre hasta el 7 de enero (ambos inclusive).

»-En Agosto, el primer período correrá desde el 1 de agosto hasta el 15 de agosto (ambos inclusive) y el segundo desde el 16 de agosto hasta el 31 de agosto (ambos inclusive).

»-La elección de la concreta mitad del período vacacional que establezca las visitas diarias o la suspensión de ellas, corresponderá a la progenitora en los años pares y al progenitor en los años impares.

»C. A partir de los cuatro años de edad del menor, el progenitor podrá disfrutar de la compañía de su hijo:

»C. I.-En fines de semana alternos desde el sábado a las 11:00 horas, hasta el domingo a las 20:00 horas, en que deberá reintegrarlo al domicilio materno.

En caso de fin de semana largo -esto es, puentes con inclusión de días intersemanales- el período de permanencia del menor con el progenitor al que corresponda el fin de semana, abarcará desde las 11.00 horas del primer día no lectivo, hasta las 20:00 horas del último día no lectivo.

»C. 2.- Visitas intersemanales: Asimismo, el padre podrá estar en compañía de su hijo, desde 17:00 horas hasta las 20.00 horas, en las tardes de los jueves.

»C. 3.- Las vacaciones escolares de las que disfrute el hijo menor de las partes, serán disfrutadas equitativamente entre los progenitores del siguiente modo:

»-Navidad: Sin perjuicio de lo que se establece para la jornada del día de Reyes Magos (6 de enero) a continuación, las vacaciones navideñas se dividirán por mitad e iguales partes entre los progenitores:

»El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde las 11.00 horas del primer día no lectivo, hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre; el segundo período de las vacaciones de Navidad se extenderá desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del último día no lectivo en enero.

»-Semana Santa. Las vacaciones de Semana Santa se dividirán igualmente por mitad e iguales partes entre los progenitores:

»El primer período de las estancias de Semana Santa, comprenderá desde las 11 horas del primer día no lectivo, hasta las 20:00 horas del miércoles santo y el segundo desde las 20:00 horas del miércoles santo hasta las 20:00 horas del último día no lectivo.

»-Verano. Los meses de julio y agosto se dividirán en cuatro períodos comprensivos, cada uno de ellos de una quincena que serán disfrutados de forma alternada entre los progenitores:

Dichos cuatro períodos serán los siguientes:

»1.El primer período irá desde las 11.00 horas del día 1 de julio hasta las 20:00 horas del día quince de julio.

»2.El segundo período irá desde las 20:00 horas del día quince de julio, hasta las 20:00 horas del día treinta y uno de julio.

»3.El tercer período irá desde las 20:00 horas del día treinta y uno de julio, hasta las 20:00 horas del día quince de agosto.

»4.El cuarto período irá desde las 20:00 horas del día quince de agosto, hasta las 20:00 horas del día 31 de agosto.

»El derecho de elección del concreto período vacacional que corresponda disfrutar junto al menor, conforme a las divisiones temporales consignadas más arriba respecto de las vacaciones de navidad, semana santa y verano, corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares. Dicha elección deberá ser notificada al otro progenitor, por escrito y con -al menos- una antelación de un mes natural previo al inicio del período vacacional, a través de correo electrónico (vía email), o cualquier otro medio que asegure la recepción

de la notificación. En caso contrario, el turno de elección, pasará al otro progenitor, sin perjuicio de que al año siguiente también le corresponda a éste la elección del período de disfrute de las vacaciones con el hijo menor.

»En los períodos de vacaciones estivales, de Navidad y de Semana Santa quedará en suspenso el régimen de visitas de fines de semana alternos e intersemanal, que se reanuda a continuación, correspondiendo el fin de semana siguiente al progenitor que no hubiere estado con el menor en el período vacacional inmediatamente anterior.

»Así mismo, ambos progenitores habrán de comunicarse mutuamente las direcciones y teléfonos de los lugares donde vayan a pasar las vacaciones con su hijo, a fin de tenerlo localizado y poder ponerse en contacto con él.

»C.4.- Jornadas especiales: Finalmente, el régimen de visitas y estancias consignado en este apartado quedará excepcionado en las siguientes jornadas:

»-Día del cumpleaños del progenitor y día del padre. Salvando las obligaciones escolares del hijo, en estas jornadas el menor permanecerá en compañía del padre de 11.00 a 20.00 horas, aun cuando no corresponda su estancia junto al progenitor conforme al régimen de visitas y estancias establecido más arriba.

»-Día del cumpleaños de la progenitora y el día de la madre. Salvando las obligaciones escolares del hijo, en esta jornada el menor permanecerá en compañía de la madre de 11.00 a 20.00 horas, aun cuando no corresponda su estancia junto a la progenitora conforme al régimen de visitas y estancias establecido más arriba.

»-Jornada de Reyes Magos (6 de enero). En la jornada de Reyes Magos el menor visitará al progenitor al que en ese momento no corresponda el segundo período de estancias vacacionales de Navidad, conforme a lo establecido en el apartado anterior, entre las 15:00 horas y hasta las 20:00 horas. Terminada la visita del día de Reyes a las 20:00 horas, el menor regresará junto al progenitor que inicialmente ostente el derecho a estar con él durante el segundo período de las vacaciones de Navidad y hasta que éste toque a su fin, conforme a lo establecido más arriba.

»4.- ATRIBUCIÓN DEL USO Y DISFRUTE DEL DOMICILIO CONYUGAL.

Dado que el domicilio es propiedad privativa de la esposa, el uso y disfrute del de éste sito en calle de la DIRECCION000 , n° NUM000 , NUM001 . de Valdemoro, así como el del ajuar en él contenido, habrá de otorgarse a la madre y al hijo menor.

»5.- PENSIÓN POR ALIMENTOS. Se fijará una pensión por alimentos a cargo del progenitor D. Romeo y a favor de su hijo menor en cuantía de seiscientos euros (600,00 ?) mensuales, por doce mensualidades al año, que habrá de hacerse efectiva durante los primeros cinco días de cada mes y por meses anticipados, en la cuenta corriente que a estos efectos designe la progenitora y que será actualizable anualmente en atención al índice de Precios al consumo que cada año marque el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que lo sustituya, procediendo la primera de dichas actualizaciones el 1 de enero de 2016.

Dicha pensión de alimentos se mantendrá hasta que el hijo alcance la independencia económica o se halle en condiciones de alcanzarla conforme a los postulados de la buena fe.

»6.- GASTOS EXTRAORDINARIOS. La contribución a los gastos extraordinarios que produzca el cuidado del menor -que se reputen necesarios para su adecuada educación o salud y que no se hallen, en este último caso, cubiertos por los correspondientes seguros médicos-, habrá de hacerse por mitad e iguales partes entre sus progenitores

»7.- DISOLUCIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL- Procede declarar la disolución de la sociedad legal de gananciales compuesta por las partes».

2.º- 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.

3.º- La procuradora doña Consuelo Diez Caro, en nombre y representación de don Romeo , 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:

«I.- Atribuir la Patria Potestad a ambos progenitores.

»II.-Atribuir la guardia y custodia de forma CONJUNTA Y COMPARTIDA a ambos progenitores que se distribuirá del siguiente modo:

»1º.- DURANTE EL CURSO ACADÉMICO



»a.-Alternancia de Guarda y custodia

La guarda y custodia se ejercerá por cada progenitor de forma independiente y alterna en periodos íntegros de dos semanas consecutivas de lunes a domingo y en el domicilio de cada uno de los progenitores. Comenzará la vigencia de dicho régimen el lunes siguiente a la fecha de Sentencia empezando a ejercer la custodia el padre.

»b.- Régimen de visitas para el progenitor no custodio

»Durante las dos semanas en la que le corresponda la custodia a un progenitor, el progenitor no custodio tendrá un derecho de visitas consistente en lunes y jueves recogiendo al menor en el domicilio del colegio/guardería y devolviéndolo al domicilio del cónyuge custodio a las 20:00 horas.

»c.- Los puentes

»Los disfrutará a quien le corresponda por custodia disfrutar del fin de semana, entendiéndose por puente todos los festivos correlativos a un fin de semana y los siguientes festivos siempre y cuando no medie más de un día laboral respecto del primer y segundo festivo y siempre que dicho día no festivo no sea lectivo.

»d.- Los cumpleaños

»Los cumpleaños de cada progenitor (de la madre y de el padre) los podrá pasar en compañía de su hijo independientemente del turno de visitas que pudiera corresponderle, recogiendo al menor en el domicilio del progenitor con el que se encuentren en dicha fecha a las 13:00 horas o a la salida del colegio/guardería en caso de que correspondiera un día lectivo y devolviéndolo al mismo domicilio, en el caso de que sea procedente, a las 20:00 horas. Los progenitores pasarán de forma compartida el cumpleaños del menor independientemente del turno de visitas que pudiera corresponderles, recogiendo al menor en el domicilio del progenitor con el que se encuentre en dicha fecha a las 13:00 horas y devolviéndolo al mismo domicilio a las 18:00 horas, en caso de que el cumpleaños del menor coincidiera con un día lectivo, el progenitor no custodio lo recogerá a la salida del colegio/guardería devolviéndolo al domicilio del progenitor custodio a las 20:00 horas

»2.º.- PERÍODOS DE VACACIONES;

»Durante el periodo vacacional del menor se suspenderá el régimen normal de custodia, el cual se rehabilitará en el momento en el que finalice el periodo vacacional

»Navidad: el hijo pasará la mitad de sus vacaciones escolares con el padre y la mitad con la madre, conviniendo éstos el período que pasarán con cada uno. En caso de desacuerdo entre los padres, cada progenitor tendrá prioridad de elección un año correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares. Las vacaciones se dividirán en los siguientes periodos:

»1º.- Desde el primer día de vacaciones a la salida del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 18:00 horas

»2º.-Desde el día 30 de diciembre a las 18:00 horas hasta el día anterior al regreso al colegio independientemente del turno que corresponda a cada uno, el día 6 de enero de 13:00 a 19:00 horas lo pasará con el progenitor con el que no se encuentren en dicho periodo.

»Semana Santa: el menor pasará la mitad del periodo vacacional con cada progenitor, en caso de desacuerdo entre los padres, cada progenitor tendrá prioridad de elección un año, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares. Las vacaciones se dividirán en los siguientes periodos:

»1º.- Desde el primer día de vacaciones a la salida del colegio hasta el miércoles santo a las 18:00 horas

»2º.- Desde el miércoles santo a las 18:00 horas hasta el día anterior al regreso al colegio a las 20:00 horas

»- Vacaciones de verano escolares, pasará el menor la mitad de sus vacaciones escolares con cada progenitor estableciéndose los días que correspondan a los meses de junio y septiembre como periodos unitarios e indivisibles y los meses de julio y agosto de forma íntegra que alternarán y se adjudicarán a cada uno de los progenitores de manera que no puedan pasar dos periodos consecutivos con el mismo progenitor:

»1º De la salida del último día de colegio del mes de junio hasta las 20:00 horas del 30 de junio.

»2º de 30 de junio a las 20:00 horas a 31 de julio a las 20:00 horas.

»3º de 31 de julio a las 20:00 horas al 31 de agosto a las 20:00 horas.



- »4º de 31 de agosto a las 20:00 horas al día de septiembre anterior al inicio del curso escolar a las 18:00 horas.
- »En caso de desacuerdo en la elección de los turnos vacacionales, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.
- »III.- El progenitor que en cada momento ostente la custodia permitirá y facilitará en todo momento la comunicación del otro con el niño, siempre que ésta no se produzca de forma caprichosa, injustificada o fuera de las horas normales para ello.
- »IV.- Decretar la prohibición del salida del Territorio Nacional del menor sin la previa autorización de ambos padres salvo para viajar a París (Francia) así como la obligación de comunicar en el caso de que se traslade a los menores de un lugar conocido a otro desconocido, tanto el nuevo teléfono como dirección.
- »V.- Establecer que cada progenitor procurará una vivienda donde ejercer la guarda y custodia siendo hasta la fecha que la vivienda de la madre se encuentra en Valdemoro C/ DIRECCION000 n° NUM000 , NUM001 y la vivienda del padre en Valdemoro C/ DIRECCION001 n° NUM002 , NUM003 de Valdemoro.
- »VII.-Establecer que dado el régimen de custodia compartida acordado no se aprobará pensión de alimentos, debiendo ambos progenitores hacerse cargo de los alimentos del menor en el periodo en el que ejerzan la custodia, si bien respecto a los gastos extraordinarios, éstos deberán abonarse por la mitad por cada uno de los progenitores. Se entiende por gastos extraordinarios todos aquellos de carácter necesario y no habitual, a modo de ejemplo se incluirán aquellos gastos de carácter médico y no cubiertos por la Seguridad Social, o las actividades extraescolares necesarias o consensuadas, también se concreta que tiene carácter de gasto extraordinario los originados por la compra de los libros escolares, y uniformes así como el comedor del colegio, si bien el resto gastos escolares habituales no tendrá la consideración de gasto extraordinario. Los gastos extraordinarios deberán acreditarse, salvo motivos de urgencia, con quince días de antelación y justificación documental del gasto afrontado.
- »VII.- Condene en costas al demandado si se opusiere a lo solicitado en esta demanda».

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 1 de Valdemoro, dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

»QUE DEBO ESTIMAR y ESTIMO íntegramente la DEMANDA de DIVORCIO CONTENCIOSO interpuesta por la representación procesal de Dª Sagrario contra D. Romeo , y en consecuencia, debo declarar y declaro disuelto, por DIVORCIO el matrimonio compuesto por ambos cónyuges, adoptando como las siguientes medidas definitivas:

la- La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la ^presunción de convivencia conyugal.

2a- La revocación de todos los consentimientos y poderes que ¡cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro su, cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3.ª- Se atribuye a Da Sagrario la guarda y custodia del único hijo menor de edad habido en el matrimonio, ostentando ambos progenitores la titularidad de la patria potestad sobre el mismo. En consecuencia, D. Romeo , deberá ser consultado en aquellos asuntos de interés que se presenten en la vida del menor, aunque le corresponderá al progenitor custodio tomar las decisiones relacionadas con el quehacer diario. Asimismo, se recuerda a ambos progenitores los deberes de asistencia y atención que conlleva el ejercicio de la patria potestad para con los hijos menores (Arts 154 y ss del Código Civil).

4.ªº- Se concede a D. Romeo el siguiente régimen de visitas: hasta que el menor cumpla los dos años de edad, sábados y domingos alternos sin pernocta, desde las 12:00 horas a las 20:00 horas, así como una tarde intersemanal (miércoles) desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas. Este régimen se entiende que se mantendrá a lo largo de todo el año, sin distinguir períodos vacacionales. Una vez que el menor haya cumplido los dos años, se considera que se podrá pasar a un régimen de visitas de fines de semana, alternos .desde las 17:00 horas del viernes (o, en su caso, desde la hora en la que el menor salga de la guardería o centro escolar) hasta las 20:00 horas del domingo, así como dos :tardes intersemanales (martes y jueves) desde las 17:00 horas hora de salida del menor de la guardería o centro escolar) hasta las 20:00 horas. Las Vacaciones de Semana Santa, Navidad y Verano se considera que deberán fijarse por mitad entre ¡ambos progenitores como de ordinario suele establecerse. Sin ;que deba establecerse ninguna limitación a los posibles viajes del menor (que ostenta la doble nacionalidad española-francesa) con su madre (hija de padres españoles emigrados a Francia, con la doble nacionalidad española-francesa) a Francia a fin de visitar a los abuelos maternos, siempre que se respete el régimen de visitas que se establezca a favor del padre y que éste tenga conocimiento del lugar en el que se encuentra el menor.



»En todo caso, en los períodos vacacionales, los progenitores, se obligan a informarse mutuamente del lugar en el que se encuentra el menor y, a facilitar en todo caso la comunicación telefónica y en los supuestos de enfermedad de una cierta gravedad, que pudiera padecer la menor, el progenitor que lo tenga consigo, bien sea en concepto de guarda y custodia normal o en régimen de visitas, deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del otro progenitor, quien podrá visitarlo, sin ninguna limitación allí donde se encuentre.

»Se impone un deber de colaboración de ambos progenitores, de manera que la progenitura custodia tiene el deber de comunicar al progenitor no custodio los cambios de domicilio, el estado de salud de la menor, el horario de asistencia al centro; educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio.

»5.^a- Se establece la cantidad de 450 euros mensuales a abonar por D. Romeo en concepto de pensión de alimentos para el hijo menor habido en el matrimonio. Dicha cantidad deberá ser ingresada por el demandado dentro de los cinco primeros días de cada mes en el número de cuenta bancaria que a tal efecto designe el demandante y será actualizada conforme a las prestaciones que experimente el IPC u organismo que lo sustituya, debiendo comenzar la primera actualización en enero del año 2016. Asimismo, los gastos extraordinarios del menor se satisfarán de la siguiente manera: Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordado por ambos progenitores o por autorización judicial, se abonarán al 50%. Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con autorización judicial supletoria, se abonarán por aquél que determine su realización si es que el gasto llegara a producirse. Tendrán en todo caso la consideración de extraordinarios, a abonar por mitad entre los progenitores previa justificación, los gastos generados por el inicio del curso escolar por compra de libros, material escolar y uniformes. En todo caso, los gastos reclamados, deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe y, en su caso, devengo.

»6.^a- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en la DIRECCION000 n° NUM000 , NUM001 de Valdemoro, así como del ajuar en él contenido, a la madre y al hijo menor.

»Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Romeo . La Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue.

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por don Romeo , y estimando el que articula, en vía de impugnación, doña Sagrario , ambos contra la Sentencia dictada, en fecha 6 de febrero de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia n° 4 de los de Valdemoro , en procedimiento de divorcio seguido bajo el n° 688/2014, debemos acordar y acordamos, en relación con los períodos vacacionales y días familiares de especial significación, las siguientes medidas, que complementarán, o precisarán, las establecidas en la citada resolución:

»El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde la salida del colegio el último día lectivo hasta el 30 de diciembre a las 20 horas, y el segundo desde este último momento hasta las 20 horas del último día no lectivo

»El día 6 de enero, el progenitor al que no le corresponda el segundo período, tendrá consigo al hijo de 15 a 20 horas.

«En las vacaciones de Semana Santa, el primer período abarcará desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta las 20 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde este último momento hasta las 20 horas del último día no lectivo.

»-Las vacaciones de verano se dividen en seis periodos:

»-El primero desde la salida del colegio el último día lectivo del mes de junio hasta las 20 horas del día 30 de dicho mes.

»-El segundo desde dicho momento hasta las 20 horas del día 15 de julio.

»-El tercero hasta las 20 horas del 31 de julio.

»-El cuarto hasta las 20 horas del 15 de agosto.

» -El quinto hasta las 20 horas del 31 de agosto.

»-El sexto hasta las 20 horas del día anterior al comienzo de las clases en el mes de septiembre.



»En caso de desacuerdo en la elección de los correspondientes periodos vacacionales, corresponderán a la madre los primeros de ellos, y los impares respecto del verano, en los años pares, y los segundos, y los pares del verano, en los años impares, asignándose al otro progenitor los restantes periodos.

»El día del cumpleaños de don Romeo y el día del padre, el niño permanecerá en su compañía de 12 a 20 horas, respetando en todo caso el horario escolar, y ello en el caso de no corresponderle dichos días conforme al régimen de visitas sancionado».

» Lo mismo regirá respecto del cumpleaños de doña Sagrario y día de la madre, en que el menor permanecerá en su compañía en las condiciones antedichas.

»Se confirman todos los demás pronunciamientos contenidos en la resolución apelada y en especial, al ser objeto del recurso, el relativo al sistema de custodia.

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

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Romeo , con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Violación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incorrecta interpretación de los artículos 92.5 , 92.6 , 92.7 y 92.8 del Código Civil , e infracción del artículo 3.1 y 9.1 de la Convención de Derechos del Niño, y del artículo 3.1 de la LO 1/96, de 15 de enero, LO 8/2015 de 22 de julio, por cuanto la Sentencia no prima en su decisión los derechos del niño, conforme al que deben interpretarse el art 92, vulnerándose la doctrina según la reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: Sentencias 194/2016 de 29 de marzo ; 257/2013, de 29 de abril ; 29/11/2013 ; 17/12/2013 ; 02/07/2014 ; 16/2/2015 y 19/02/2016 .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de septiembre de 2017 , 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, el procurador don Antonio Luis Roncero Contreras, en nombre y representación de doña Sagrario , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se estime el motivo presentado.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Romeo interpone recurso de casación contra la sentencia que le niega la guarda y custodia compartida de su hijo, Fernando , nacido el día NUM004 de 2014, y deja al niño bajo la custodia exclusiva de su madre. La sentencia de la Audiencia había confirmado en este aspecto la del Juzgado.

En el supuesto analizado, dice la sentencia, lo siguiente:

«no puede desconocerse que don Romeo reúne, en principio, las condiciones y aptitudes precisas para asumir, de modo responsable, el cuidado del común descendiente, y ello bajo el régimen de alternancia postulado desde su escrito de contestación a la demanda, habida cuenta además de su disponibilidad horaria, apoyos familiares de los que dispone y cercanía de su vivienda al que fuera domicilio familiar.

»Sin embargo, y en la coyuntura existente tanto al tiempo de tramitarse la litis en la instancia, como en coincidencia cronológica con la resolución del recurso, tal medida no se ofrece, según lo exige el artículo 92-8 C.C ., como la más acorde a las necesidades del común descendiente quien, desde la ruptura de la convivencia conyugal, ha permanecido bajo el cuidado cotidiano de la otra progenitora, en cuyo entorno se encuentran satisfactoriamente cubiertas sus diversas necesidades.

»Según el informe emitido por la Perito Psicólogo adscrita a esta Audiencia Provincial, don Romeo precisa de un cierto aprendizaje para atender correctamente las necesidades de Fernando . En el referido dictamen, y sin perjuicio de destacar factores tales como la buena vinculación entre el hijo y ambos padres, quienes se muestran preocupados e implicados en el cuidado de aquél, teniendo, a tal fin, disponibilidad horaria, rutinas similares y un domicilio acorde a las necesidades del repetido descendiente, también se precisa que la Sra. Sagrario muestra una mayor sensibilidad a tal fin. Y se añade que Fernando , por su corta edad, necesita rutina y estabilidad, no recomendándose, por ello, grandes cambios en su vida cotidiana, siendo prematuro, en estos momentos, iniciar una custodia compartida».



SEGUNDO.- Se formula un único motivo por infracción del artículo 92.5, 6.7 y 8 del Código Civil y de los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención de Derechos del Niño y 3.1 de la LO 1/96, de 15 de enero y LO 8/2015, de 22 de julio, así como de la doctrina de esta sala sobre la prevalencia del interés del menor en la determinación de la guarda y custodia compartida.

Considera el recurrente que debe establecerse este sistema de guarda porque se ha ocupado de su hijo durante el nacimiento; ha aportado mensualmente 400 euros de alimentos y gastos extraordinarios; alquiló un domicilio muy cercano al de la madre; su horario laboral es prácticamente igual que el de la madre; su salario cubre las necesidades del menor y sus padres y familiares viven cerca. Además, entiende que su idoneidad es absoluta y que está preparado para el cuidado de su hijo por lo que una custodia exclusiva de la madre sería contrario al interés del niño dado que le privaría de una relación con su padre en iguales condiciones de las que tiene con su madre.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, como así va a ser.

1. La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dice la sentencia 526/2016, de 12 de septiembre de 2016, «está en función y se orienta en interés del menor; 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, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de 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 (sentencias de 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015)».

Lo que se pretende es aproximar este régimen 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 parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio de 2014).

2. La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por la razón fundamental de que el menor estaba con su madre, y porque por su corta edad necesita rutina y estabilidad, lo que hace no recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana, y todo ello pese a reconocer que la prueba practicada acredita la capacidad del padre para asumir, sin problema alguno, estos menesteres de guarda y custodia que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013 , debe ser el normal y deseable.

Y sin un solo motivo que justifique la medida, se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre .

CUARTO.- No procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, como tampoco respecto de las causadas en la primera instancia y en la apelación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Romeo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid - Sección 22-, de 11 de noviembre 2016 .

2.º- Se casa y anula la sentencia recurrida en lo que se refiere al sistema de guarda y custodia del menor Fernando , que será compartida entre ambos progenitores.

3.º- La forma de ejercicio de la guarda y custodia será determinada en ejecución de sentencia, previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal, de acuerdo con las bases siguientes:



a) El reparto del tiempo se hará atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores, procurando que la convivencia con cada uno de ellos sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.

b) El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

c) Se establecerá, si procede, la contribución de cada progenitor a los alimentos del menor, en función de los recursos económicos de cada uno de los cónyuges y necesidades del hijo, así como la determinación, en su caso, del uso y disfrute de la vivienda familiar, y lo demás que fuera procedente.

4.º- No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso de casación ni de las originadas por el recurso de apelación ni de la 1.ª instancia.

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