



Roj: **STS 5966/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5966**

Id Cendoj: **28079110012013100736**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2013**

Nº de Recurso: **2645/2012**

Nº de Resolución: **762/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9997/2012,**
AAP M 12535/2012,
STS 5966/2013,
AATS 466/2014,
AATS 3981/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 1485/2011 por la Sección 22 de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de procedimiento de divorcio contencioso núm. 562/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María del Pilar Pérez Calvo en nombre y representación de doña Juliana, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente, la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de don Fructuoso en calidad de recurrido y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña María del Pilar Pérez Calvo, en nombre y representación de doña Juliana, interpuso demanda de disolución de matrimonio por causa de divorcio, contra don Fructuoso y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<estimatoria por la que se decrete la disolución del matrimonio contraído por los cónyuges litigantes por causa de divorcio, en base al art. 86 del Código Civil, con determinación de los siguientes efectos y medidas definitivas:

1.- Que se autorice a la esposa, D.^a Juliana para que pueda trasladar su domicilio y el de los hijos comunes a la ciudad de Alicante con efectos desde el mes de septiembre de 2010.

2.- Guarda y **custodia** de los hijos menores de edad: Se acuerde atribuir la guarda y **custodia** de los hijos menores de edad Rogelio y Alejandra, a la madre, D.^a Juliana, permaneciendo compartida la patria potestad entre ambos progenitores.

3.- Régimen de visitas y vacaciones a favor del progenitor no custodio.- Que como régimen de visitas y vacaciones a favor del progenitor no custodio, D. Fructuoso se fije el siguiente:

a) Régimen de visitas: El padre podrá permanecer en compañía de los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 17:00 y hasta las 19:00 horas del domingo, realizándose la recogida y entrega de los menores en el domicilio materno.



Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, correspondiéndole al progenitor que tenga consigo a los menores ese fin de semana.

Régimen de vacaciones: Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, disfrutando la madre del primero de ellos y el padre el segundo ya que se traslada a pasar dichas fiestas a Francia con su familia de origen y no existir en dicho país la festividad de Reyes. A estos fines en los años pares la madre disfrutará de la compañía de los menores hasta el día 1º de año, pasando fin de año con ellos. En los años impares la madre disfrutará de la compañía de los menores hasta el día 30 de diciembre en que los entregará al padre quien disfrutará del día de fin de año y hasta la víspera del reinicio de las actividades lectivas.

Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole la primera mitad de ellas al padre en los años impares y la segunda en los pares.

Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole al padre el primer período en los años impares y el segundo en los pares.

4.- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.- Dado el traslado de la Sra. Juliana a la ciudad de Alicante, nada se ha de resolver sobre el domicilio familiar propiedad en exclusiva de D. Fructuoso .

5.- Pensión alimenticia a favor de los hijos comunes.- D. Fructuoso deberá contribuir, en concepto de alimentos de los hijos del matrimonio, con la cantidad de mil quinientos euros mensuales (1.500,00 €) a razón de 750,00 € mensuales para cada uno de los hijos comunes, en doce pagas anuales, cantidad que abonará a D.ª Juliana , por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que por esta se designe, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle en el futuro.

Igualmente y en concepto de pensión alimenticia, el Sr. Fructuoso abonará el 50% de los gastos extraordinarios de los hijos comunes.

6.- Pensión compensatoria.- En la sentencia que en su día se dicte deberá declararse que no existe derecho a pensión compensatoria a favor de ninguno de los litigantes al no producir desequilibrio o empeoramiento alguno la situación de divorcio al disponer ambos de medios de vida propios.

7.- Escolarización de los hijos comunes.- Interesa al derecho de esta parte que en el caso de que por el demandado se opusiera a la escolarización de los menores en el Liceo Francés, se autorice a esta parte a su matriculación en dicho centro escolar.

8.- Otras medidas legales.- Se deberán acordar las restantes medidas establecidas por Ley, librando oficio a los Registros Civiles correspondientes para que practiquen las anotaciones correspondientes; así como las demás que en derecho fueran procedentes.

9.- Costas.- Que se condene en costas a la parte demandada, si se opusiere a la presente demanda>>.

2.- Posteriormente la misma procuradora en nombre de la actora amplía la demanda, por hechos nuevos acontecidos con posterioridad a la presentación de la demanda y que modifican ésta de manera sustancial, suplicando se <<tenga por modificada la demanda de divorcio en cuanto a las siguientes medidas, manteniéndose el resto de la demanda inicial, y sus pedimentos:

1.- Guarda y **custodia** de los hijos comunes.- Deberá ser atribuida a la madre D.ª Juliana , permaneciendo compartida la patria potestad entre ambos progenitores.

2.- Régimen de visitas y vacaciones a favor del padre: Se deberá fijar como régimen de visitas y vacaciones a favor del padre el siguiente:

a) Régimen de visitas: El padre podrá permanecer en compañía de los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 17:00 y hasta las 19: horas del domingo, realizándose la recogida y entrega de los menores en el domicilio materno.

Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, correspondiéndole al progenitor que tenga consigo a los menores ese fin de semana.

Además el padre podrá permanecer en compañía de los hijos comunes las tardes de los martes y jueves desde la salida del centro escolar y hasta las 19:30 horas en que deberán ser reintegrados en el domicilio materno.

b) Régimen de vacaciones: Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, disfrutando la madre del primero de ellos y el padre el segundo ya que se traslada a pasar dichas fiestas a Francia con su familia de origen y no existir en dicho país la festividad de Reyes. A estos fines en los años pares la madre disfrutará de la compañía de los menores hasta el día 1º de año, pasando fin de año con ellos. En los años impares la



madre disfrutará de la compañía de los menores hasta el día 30 de diciembre en que los entregará al padre quien disfrutará del día de fin de año y hasta la víspera del reinicio de las actividades lectivas.

Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole la primera mitad de ellas al padre en los años impares y la segunda en los pares.

Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole al padre el primer período en los años impares y el segundo en los pares.

3.- Atribución del uso de la vivienda familiar.- Nada se ha de resolver sobre este extremo al cubrir las necesidades de alojamiento de los hijos la Sra. Juliana , evitándose así posibles conflictos al ser la vivienda familiar de propiedad exclusiva del Sr. Fructuoso .

4.- Pensión alimenticia a favor de los hijos comunes.- D. Fructuoso deberá contribuir, en concepto de alimentos de los hijos del matrimonio, con la cantidad de mil quinientos euros mensuales (1.500,00 €) a razón de 750,00 € mensuales para cada uno de los hijos comunes, en doce pagas anuales, cantidad que abonará a D.ª Juliana , por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que por esta se designe, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle en el futuro.

Igualmente y en concepto de pensión alimenticia, el Sr. Fructuoso abonará el 50% de los gastos extraordinarios de los hijos comunes.

5.- Pensión compensatoria.- En la sentencia que en su día se dicte deberá declararse que no existe derecho a pensión compensatoria a favor de ninguno de los litigantes al no producir desequilibrio o empeoramiento alguno la situación de divorcio al disponer ambos de medios de vida propios.

6.- Escolarización de los hijos comunes.- Interesa al derecho de esta parte que al existir oposición por el demandado a la escolarización de los menores en el Liceo Francés, se autorice a esta parte a su matriculación en dicho centro escolar.

7.- Otras medidas legales.- Se deberán acordar las restantes medidas establecidas por Ley, librando oficio a los Registros Civiles correspondientes para que practiquen las anotaciones correspondientes; así como las demás que en derecho fueran procedentes>>.

3.- Posteriormente se acuerda la acumulación de los autos 865/10 del juzgado nº 66 de Madrid al corresponder a una demanda de divorcio, entre las mismas partes, presentada posteriormente ante ese juzgado por la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de don Fructuoso , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación, suplica que se dicte en su día sentencia <<por la que estimando esta demanda, se declare la disolución del matrimonio por el divorcio, determinándose los siguientes efectos del mismo:

1.- La disolución del vínculo matrimonial por el divorcio.

2.- Que se declare el cese de la presunción de convivencia del matrimonio formado por don Fructuoso y doña Juliana .

3.- La revocación de consentimientos y poderes entre los cónyuges.

4.- La disolución del régimen económico matrimonial.

5.- Que se declare el cese de la posibilidad de vincular bienes privativos en el ejercicio de la potestad doméstica.

6.- La atribución de la guarda y **custodia** de los hijos menores del matrimonio, Rogelio y Alejandra , al Sr. Fructuoso , manteniéndose el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los menores por ambos progenitores.

7.- Que se establezca expresamente que cualquier salida de los menores del territorio nacional o que cualquier cambio del lugar de residencia de los menores precisará del previo acuerdo de ambos progenitores, o en su defecto autorización judicial.

8.- Se atribuya el uso del domicilio familiar, sito en Madrid, CALLE000 nº NUM000 , NUM001 - NUM002 , a favor de los hijos menores y de don Fructuoso .

9.- Establecer el siguiente régimen de visitas a favor de doña Juliana :

a) Durante los períodos escolares.- Doña Juliana disfrutará de la compañía de los menores los fines de semana alternos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a la salida de la guardería o colegio hasta las 20,00 horas del domingo. La Sra. Juliana deberá recoger a los menores en la guardería o colegio y reintegrarlos el domingo en el domicilio paterno.



Cuando exista una festividad escolar inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los menores, se considerará este período agregado al fin de semana, y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.

Igualmente, si sus obligaciones laborales se lo permiten, doña Juliana podrá estar con los menores dos tardes a la semana, que a falta de otro acuerdo distinto entre los progenitores, serán las de los martes y jueves, desde la finalización del horario escolar o actividad extraescolar, donde serán recogidos por la madre, hasta las 20,00 horas, que deberá reintegrarlos al domicilio paterno.

b) Durante las vacaciones de Navidad.- La Sra. Juliana tendrá a sus hijos consigo la mitad de dichos períodos, correspondiendo el primer período a doña Juliana en los años pares y el segundo período en los años impares.

El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo del centro escolar de los menores, hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre. El segundo período comprenderá desde las 20,00 horas del 30 de diciembre, hasta las 20,00 horas del último día no lectivo de los menores.

c) Durante las vacaciones de Semana Santa- Entendiéndose por estas las vacaciones escolares de los menores, corresponderán por completo y en años alternativos a cada uno de los progenitores, teniendo la madre a los menores consigo los años pares y el padre los impares. Este período de vacaciones comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo, hasta las 20,00 horas del último día no lectivo de los menores.

d) Durante las vacaciones de verano.- Entendiéndose por estas los meses de julio y agosto, la Sra. Juliana podrá estar con sus hijos la mitad de dicho período, correspondiéndole a falta de otro acuerdo distinto entre los progenitores, el primer período en los años pares y el segundo en los impares.

El primer período de las vacaciones de verano comprenderá desde las 10,00 horas de la mañana del día 1 de julio, hasta las 20,00 horas del día 31 de julio, y el segundo período, desde las 20,00 horas del día 31 de julio hasta las 20,00 horas del día 31 de agosto.

Con independencia de este reparto, los días de vacaciones escolares de fin de junio y principio de septiembre, serán disfrutados por los progenitores de la siguiente manera: El progenitor al que corresponda estar con los menores durante el mes de agosto, podrá disfrutar de la compañía de estos desde el último día lectivo del mes de junio hasta las 10,00 horas de la mañana del día 1 de julio. Igualmente el progenitor al que corresponda estar con los menores durante el mes de julio, lo tendrá consigo desde las 20,00 horas del día 31 de agosto hasta las 20,00 horas del último día no lectivo de los menores.

Una vez finalizados los períodos vacacionales comenzará a regir la alternancia de fines de semana, correspondiendo el primer fin de semana después de las vacaciones al progenitor con el que el menor no haya estado durante el período vacacional que finaliza.

10.- Que se establezca la obligación de la Sra. Juliana de contribuir a las cargas familiares y alimentos de sus dos hijos menores con la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500 €), es decir, DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (250 €) por cada hijo, cantidad que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que el Sr. Fructuoso designe al efecto. Dicha cantidad se actualizará anualmente de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística.

Igualmente, la Sra. Juliana deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios médicos y educativos que acontezcan en la vida de los menores, previo acuerdo de las partes o autorización judicial.

11.- Una vez sea firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente.

12.- Las costas serán sufragadas por la parte contraria si se opusiera a esta demanda>>.

4.- El Fiscal contesta a la demanda promovida por don Fructuoso contra doña Juliana con los hechos y fundamentos de derecho expresados por escrito suplicando que se dicte sentencia <<conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados>>.

5.- La procuradora doña María del Pilar Pérez Calvo en nombre y representación de doña Juliana, contesta a la demanda presentada por don Fructuoso, oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación, suplicando al juzgado se dicte sentencia <<por la que se acuerde el divorcio del matrimonio contraído por los litigantes con las medidas inherentes a dicha declaración solicitadas por esta parte en su escrito inicial de demanda con las modificaciones contenidas en el escrito de ampliación de la misma y que se concretan en las siguientes:



1.- Guarda y **custodia** de los hijos comunes: Deberá ser atribuida a la madre D.^a Juliana , permaneciendo compartida la patria potestad entre ambos progenitores.

2.- Régimen de visitas y vacaciones a favor del padre; Se deberá fijar como régimen de visitas y vacaciones a favor del padre el siguiente:

a) Régimen de visitas: El padre podrá permanecer en compañía de los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 17:00 horas y hasta las 19:00 horas del domingo, realizándose la recogida y entrega de los menores en el domicilio materno.

Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, correspondiéndole al progenitor que tenga consigo a los menores ese fin de semana.

Además el padre podrá permanecer en compañía de los hijos comunes las tardes de los martes y jueves desde la salida del centro escolar y hasta las 19:30 horas en que deberán ser reintegrados en el domicilio materno.

b) Régimen de vacaciones: Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, disfrutando la madre del primero de ellos y el padre el segundo ya que se traslada a pasar dichas fiestas a Francia con su familia de origen y no existir en dicho país la festividad de Reyes. A estos fines en los años pares la madre disfrutará de la compañía de los menores hasta el día 1º de año, pasando fin de año con ellos. En los años impares la madre disfrutará de la compañía de los menores hasta el día 30 de diciembre en que los entregará al padre quien disfrutará del día de fin de año y hasta la víspera del reinicio de las actividades lectivas.

Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole la primera mitad de ellas al padre en los años impares y la segunda en los pares.

Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole al padre el primer período en los años impares y el segundo en los pares.

3.- Atribución del uso de la vivienda familiar: Nada se ha de resolver sobre este extremo al cubrir las necesidades de alojamiento de los hijos la Sra. Juliana .

4.- Pensión alimenticia a favor de los hijos comunes: D. Fructuoso deberá contribuir, en concepto de alimentos de los hijos del matrimonio, con la cantidad de mil quinientos euros mensuales (1.500,00 €) a razón de 750,00 € mensuales para cada uno de los hijos comunes, en doce pagas anuales, cantidad que abonará a D.^a Juliana , por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que por ésta se designe, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle en el futuro.

Igualmente y en concepto de pensión alimenticia, el Sr. Fructuoso abonará el 50% de los gastos extraordinarios de los hijos comunes>>.

5.- La procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Fructuoso , se opuso a la demanda interpuesta por doña Juliana , con los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes suplicando al juzgado dicte en su día sentencia <<por la que estimando esta demanda, se declare la disolución del matrimonio por el divorcio, determinándose los siguientes efectos del mismo:

1.- La disolución del vínculo matrimonial por el divorcio.

2.- La disolución del régimen económico matrimonial.

3.- Que se declare el cese de la posibilidad de vincular bienes privativos en el ejercicio de la potestad doméstica.

4.- La atribución de la guarda y **custodia** de los hijos menores del matrimonio, Rogelio y Alejandra , al Sr. Fructuoso , manteniéndose el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los menores por ambos progenitores, a excepción a la decisión de la elección del centro escolar en el que estudiarán los menores el próximo curso escolar que debe atribuirse al Sr. Fructuoso .

5.- Que se establezca expresamente que cualquier salida de los menores del territorio nacional o que cualquier cambio del lugar de residencia de los menores precisará del previo acuerdo de ambos progenitores, o en su defecto autorización judicial.

6.- Se atribuya el uso del domicilio familiar, sito en Madrid, CALLE000 nº NUM000 , NUM001 - NUM002 , a favor de los hijos menores y de don Fructuoso .

7.- Establecer el siguiente régimen de visitas a favor de Doña Juliana :

a) Durante los períodos escolares.- Doña Juliana disfrutará de la compañía de los menores los fines de semana alternos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a la salida de la guardería o colegio hasta las



20,00 horas del domingo. La Sra. Juliana deberá recoger a los menores en la guardería o colegio y reintegrarlos el domingo en el domicilio paterno.

Cuando exista una festividad escolar inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los menores, se considerará este período agregado al fin de semana, y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.

Igualmente, doña Juliana podrá estar con los menores dos tardes a la semana, que a falta de otro acuerdo distinto entre los progenitores, serán las de los martes y jueves, desde la finalización del horario escolar o actividad extraescolar, donde serán recogidos por la madre, hasta las 20,00 horas, que deberá reintegrarlos al domicilio paterno.

b) Durante las vacaciones de Navidad.- La Sra. Juliana tendrá a sus hijos consigo la mitad de dichos períodos, correspondiendo el primer período a doña Juliana en los años pares y el segundo período en los años impares.

El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo del centro escolar de los menores, hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre. El segundo período comprenderá desde las 20:00 horas del 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del último día no lectivo de los menores.

c) Durante las vacaciones de Semana Santa.- Entendiéndose por estas las vacaciones escolares de los menores, corresponderán por completo y en años alternativos a cada uno de los progenitores, teniendo la madre a los menores consigo los años pares y el padre los impares. Este período de vacaciones comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo, hasta las 20,00 horas del último día no lectivo de los menores.

d) Durante las vacaciones de verano.- Entendiéndose por estas los meses de julio y agosto, la Sra. Juliana podrá estar con sus hijos la mitad de dicho período, correspondiéndole a falta de otro acuerdo distinto entre los progenitores, el primer período en los años pares y el segundo en los impares.

El primer período de las vacaciones de verano comprenderá desde las 10,00 horas de la mañana del día 1 de julio, hasta las 20,00 horas del día 31 de julio, y el segundo período, desde las 20,00 horas del día 31 de julio hasta las 20,00 horas del día 31 de agosto.

Con independencia de este reparto, los días de vacaciones escolares de fin de junio y principios de septiembre serán disfrutados por los progenitores de la siguiente manera: El progenitor al que corresponda estar con los menores durante el mes de agosto, podrá disfrutar de la compañía de estos desde el último día lectivo del mes de junio hasta las 10,00 horas de la mañana del día 1 de julio. Igualmente, el progenitor al que corresponda estar con los menores durante el mes de julio, lo tendrá consigo desde las 20,00 horas del día 31 de agosto hasta las 20,00 horas del último día no lectivo de los menores.

Una vez finalizados los períodos vacacionales comenzará a regir la alternancia de fines de semana, correspondiendo el primer fin de semana después de las vacaciones al progenitor con el que el menor no haya estado durante el período vacacional que finaliza.

8.- Que se establezca la obligación de la Sra. Juliana de contribuir a las cargas familiares y alimentos de sus dos hijos menores con la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500 €), es decir, DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (250 €) por cada hijo, cantidad que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que el Sr. Fructuoso designe al efecto. Dicha cantidad se actualizará anualmente de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística.

Igualmente, la Sra. Juliana deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios médicos y educativos que acontezcan en la vida de los menores, previo acuerdo de las partes o autorización judicial.

9.- Que se establezca que no ha lugar a fijar cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria a favor de Doña Juliana .

10.- Una vez sea firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente.

11.- Las costas serán sufragadas por la parte contraria si se opusiera a esta demanda>>.

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:



FALLO.- Que, estimando parcialmente la demanda formulada por la representación de Dña. Juliana contra D. Fructuoso debo declarar y declaro la Disolución por el Divorcio del matrimonio contraído por las partes el 5 de junio de 2004 en Francia, con todos los efectos legales, y en especial, las siguientes medidas:

1.- Los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la custodia de D. Fructuoso si bien la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres.

Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil . A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

- a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.*
- b) Elección inicial o cambio de centro escolar.*
- c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.*
- d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).*
- e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.*

Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s.

2.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con los hijos menores, el derecho de visitarles, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de los hijos, y en caso de discrepancia, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

- Tener consigo a los hijos menores en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio al lunes que los reintegrará al colegio. Los puentes se unirán al fin de semana y se incluirán en el régimen de visitas del progenitor que le corresponda.

- Dos tardes intersemanales continuadas, una de ellas con pernocta, que serán en caso de falta de acuerdo desde el martes a la salida del colegio hasta el miércoles a las 20,00 horas que los reintegrará al domicilio del padre.

- La primera mitad de vacaciones escolares de Navidad y verano, a la madre en los años impares, y al padre en los años pares, correspondiendo en cada caso respectivo la otra mitad al otro progenitor. Durante las vacaciones se suspende el régimen de visitas ordinario. La entrega y recogida se efectuará en el domicilio habitual de los menores.

- La Semana Santa completa para un progenitor por años alternos.

- La madre disfrutará con los menores el resto de las vacaciones del Liceo Francés que no coincidan con vacaciones españolas.

3.- No procede establecer pensión por alimentos a cargo de la madre. Los gastos de escolaridad, transporte y comedor del Liceo Francés se abonarán por mitad.

4.- Cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del hijo que carece de independencia económica siempre que estén de acuerdo en ello, debiendo acreditarlo documentalmente y de modo fehaciente. Si el gasto que tenga que realizarse fuera médico, no estuviera cubierto por la Seguridad Social o Entidad médica correspondiente, y fuera necesario, deberá abonarse el 50% por cada progenitor, debiendo constar el acuerdo a la elección del facultativo y del tratamiento.

5.- No se hace expreso pronunciamiento en costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones de ambas partes litigantes, la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña M^a Pilar Pérez Calvo, en nombre y representación de Doña Juliana , y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña M^a Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de Don Fructuoso , contra la sentencia dictada en fecha 17 de julio de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de Madrid , en autos de divorcio nº 562/10, seguidos entre las citadas partes, debemos revocar y revocamos dicha resolución



en el único sentido de establecer en concepto de pensión de alimentos con cargo a la madre el importe de 150 € mensuales para cada uno de los hijos, con efectos desde la sentencia de instancia, actualizables conforme al IPC, correspondiendo la primera actualización en junio de 2012.

Se confirma el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas de los recursos.

Por Auto de 28 de junio de 2012, se denegó la aclaración o complemento alguno de la sentencia, solicitado por la representación procesal de don Fructuoso .

TERCERO .- 1.- Por D.^a Juliana se interpuso recurso de casación basado en:

1. Recurso de casación por interés casacional al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3 de la LEC , por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto al art. 92.8 del C. Civil . Inaplicación de los criterios jurisprudenciales para su establecimiento. STS 1-10-2010 ; 496/2011 de 7 de julio ; 659/2011 de 3 de octubre y 961/2011 de 10 de enero.

2. Por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los criterios interpretativos del art. 92.8 del C. Civil . Las relaciones entre los progenitores en orden al establecimiento de la guarda y **custodia** compartida y la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal. STS 154/2012 de 9 de marzo ; 579/201 de 22 de julio y 961/2011 de 10 de enero .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de abril de 2013 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Juliana y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Fructuoso presentó escrito de oposición al mismo y el Ministerio Fiscal presentó escrito en el que interesa la estimación del recurso.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente procedimiento se interpuso demanda de divorcio por D.^a Juliana en la que se solicitaba la guarda y **custodia** de los hijos menores, gemelos, nacidos el NUM003 de 2007.

Igualmente se interpuso demanda de divorcio por D. Fructuoso , que fue acumulada a la anterior, en la que se solicitaba la guarda y **custodia** de los hijos menores.

Por el Juzgado de acuerdo con el informe psicológico y el dictamen del Ministerio Fiscal, se acordó fijar la guarda y **custodia** de los menores por el padre, con régimen de visitas a favor de la madre, en el que entre otras medidas se establecían fines de semana alternos y dos tardes entre semana, una de ellas con pernocta.

El recurso de apelación interpuesto por D.^a Juliana fue desestimado.

SEGUNDO .- Consta en la sentencia del Juzgado, ratificada en este aspecto por la de la Audiencia Provincial que:

"Se ha practicado un informe psicosocial cuyo contenido se asume y se da por reproducido en evitación de inútiles reiteraciones del que resulta como más significativo que el padre ha posibilitado visitas con los menores dos días intersemanales a pesar de no estar recogidas en el auto de medidas. Quiere que tengan un amplio contacto con su madre y con la familia de Francia aunque esto supusiera más vacaciones con la madre. Reconoce que la madre ha dado una buena atención a los hijos pero teme por lo sucedido con su decisión de ir a Alicante y que se llevase a sus hijos fuera de Madrid o incluso a Francia sin su consentimiento, los niños se muestran vinculados afectivamente a ambos padres. Consideran que ambos progenitores tienen capacidad para ejercer su rol parental de forma adecuada y responsable y por eso para los dos menores ha sido positiva tanto la convivencia conjunta con sus dos padres como la que han tenido con cada uno de ellos por separado. Dada la posibilidad que el padre tiene para facilitar un diálogo con la madre respecto de una guarda compartida o a equilibrar los tiempos con sus hijos aconsejamos un reinicio de diálogo para que examinen con voluntad de colaboración real, diferentes alternativas de organización familiar como podía ser una **custodia** compartida o una ampliación de régimen de visitas materno que podría realizarse con recogida los viernes salida del colegio a lunes entrada colegio, dos tardes entre semana continuadas que por ellos incluirán una pernocta o un mayor número de días en períodos vacacionales".

**TERCERO** .- *Motivos primero y segundo.*

1. *Recurso de casación por interés casacional al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3 de la LEC, por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto al art. 92.8 del C. Civil. Inaplicación de los criterios jurisprudenciales para su establecimiento. STS 1-10-2010 ; 496/2011 de 7 de julio ; 659/2011 de 3 de octubre y 961/2011 de 10 de enero.*

2. *Por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los criterios interpretativos del art. 92.8 del C. Civil. Las relaciones entre los progenitores en orden al establecimiento de la guarda y custodia compartida y la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal. STS 154/2012 de 9 de marzo ; 579/201 de 22 de julio y 961/2011 de 10 de enero .*

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente por su relación .

Alega la recurrente que la sentencia recurrida se ha limitado a analizar la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores y la ausencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, sin analizar los demás requisitos establecidos por la jurisprudencia, aplicando incorrectamente el principio de protección del menor. Que el amplio régimen de visitas concedido nos sitúa, en la práctica, en un régimen de coparentalidad. En este sentido la sentencia de instancia declaró que "el reparto de tiempo entre los padres es prácticamente igual...". Añadió que la jurisprudencia establece que las malas relaciones entre los cónyuges solo son relevantes cuando perjudican el interés del menor.

Por D. Fructuoso se opuso al recurso de casación alegando que la recurrente siempre pidió la guarda y custodia para ella, y tras el resultado del informe psicológico, optó por el sistema de custodia compartida, al comprobar que sería difícil que se le atribuyese a ella la guarda y custodia exclusiva y que la sentencia pondera correctamente el interés de los menores y que el informe psicosocial desaconsejaba la custodia compartida.

Por el Ministerio Fiscal se alegó:

"En el presente caso siguiendo los criterios recogidos en las recientes sentencias de esa Sala entendemos con la parte recurrente, que no puede denegarse la custodia compartida solo en base a la mala relación de los cónyuges y a la inexistencia de informe favorable del Fiscal, en primer lugar porque el informe del Ministerio Público no es vinculante y en segundo lugar porque no se deduce de los hechos probados que la mala relación entre los progenitores perjudique el interés de los menores y además porque conforme a la citada jurisprudencia la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse deseable en interés de los menores, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis como la presente, en la que no se han visto lesionados sus derechos fundamentales, razones todas ellas que nos llevan a interesar la estimación del presente recurso".

Esta Sala ha declarado que:

Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, 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.

... 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 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio de 2011, entre otras).

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.

STS, Civil del 29 de Abril del 2013, recurso: 2525/2011 .

*Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y **custodia** solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTs 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de **custodia** que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012).*

STS, del 07 de Junio del 2013, recurso: 1128/2012 .

*De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y **custodia** compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.*

STS, Civil sección 1 del 22 de Julio del 2011, recurso: 813/2009 .

A la vista de esta doctrina hemos de declarar que:

1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores (nacidos ambos el NUM003 de 2007) hoy con seis años de edad ambos), dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas.
2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos.
3. El actual sistema de visitas con una pernocta entre semana y otro día más después del horario escolar hasta las 20 horas, desarrollado con normalidad, ha preparado a los menores para un sistema de **custodia** compartida, dado el amplio espacio de tiempo que han estado con el progenitor no custodio.
4. El informe psicosocial siendo relevante no es de ineludible cumplimiento, y del mismo se deduce la posibilidad de afrontar la **custodia** compartida, desde un marco de diálogo de los padres, que no consta que sea deficiente. En este informe se opta, por el momento, por el sistema de **custodia** para el padre dada la mayor lealtad demostrada para con la madre en las decisiones sobre visitas, colegio, y residencia, pero no aporta datos que permitan considerar que los menores vayan a estar en mejores condiciones con la **custodia** a favor del padre. Es de valorar el mayor esfuerzo mediador y conciliatorio del padre, pero no estamos ante un sistema de recompensas sino ante el análisis de si los menores pueden desarrollarse afectiva y emocionalmente de manera plena bajo un sistema de **custodia** compartida y no consta al Tribunal ninguna causa que lo impida.

Por todo ello, debemos declarar que se ha infringido lo dispuesto en el art. 92.8 de C. Civil , al descartar la **custodia** compartida, en base a que no la informó favorablemente el Ministerio Fiscal, en la instancia, y por las malas relaciones existentes entre los progenitores, sin valorar la incidencia en el interés de los menores, ni la concurrencia del resto de los requisitos establecidos jurisprudencialmente.

CUARTO .- Por ello, estimando el recurso y asumiendo la instancia, acordamos la estimación parcial de la demanda acordando la **custodia** compartida de Rogelio y Alejandra , por D. Fructuoso y D.^a Juliana .

Ante la falta de un deseable "plan contradictorio" que comprenda visitas, alimentos, colegio, etc., propuesto por las partes, esta Sala ha de establecer el régimen de estancia y contactos anejo al sistema de **custodia** compartida, sin perjuicio de lo que las partes puedan acordar.

El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo , el reparto del tiempo de **custodia** será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la **custodia** dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

Se señala una visita semanal con el progenitor que no los tenga bajo su cuidado, desde la salida del colegio, el miércoles, hasta las 20 horas, en que deberá retornarlo al domicilio del progenitor con quien estén conviviendo.

Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre.



Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos extraordinarios al 50%.

QUINTO .- Estimado el recurso no procede expresa imposición de costas, ni tampoco en las instancias, tal y como se habían pronunciado los tribunales de instancia y apelación.

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

FALLAMOS

1.- ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.^a **Juliana** representada por la Procuradora D.^a María Pilar Pérez Calvo contra sentencia de 15 de junio de 2012 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid .

2.- Casar parcialmente la sentencia recurrida.

3.- Se acuerda el régimen de **custodia** compartida de Rogelio y Alejandra , por D. Fructuoso y D.^a Juliana .

4.- El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

5.- *A falta de acuerdo* , el reparto del tiempo de **custodia** será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la **custodia** dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

6.- Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

7.- Se señala una visita semanal con el progenitor que no los tenga bajo su cuidado, desde la salida del colegio el miércoles, hasta las 20 horas, en que deberá retornarlo al domicilio del progenitor con quien estén conviviendo.

8.- Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre.

9.- Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos extraordinarios al 50%.

10.- No se efectúa expresa imposición de costas en las instancias ni tampoco de la casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.