



Roj: **STS 1289/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1289**

Id Cendoj: **28079110012016100180**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2016**

Nº de Recurso: **2392/2014**

Nº de Resolución: **193/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 730/2014,**
STS 1289/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 775/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Badajoz, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Bienvenido , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia de la Fuente Bravo; siendo parte recurrida doña Constanza , representado por el Procurador de los Tribunales don José Nuñez Armendariz. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Clara Isabel Rodolfo Saavedra, en nombre y representación de don Bienvenido , interpuso demanda de divorcio, contra doña Constanza y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguientes:

«1º La disolución por divorcio del matrimonio contraído por D. Bienvenido y D^a. Constanza el día 30 de Agosto de 2003.

2º Guarda y Custodia del hijo menor, por las razones expuestas quede a favor de mi mandante dado el estado psíquico en que se encuentra la demandante y su comportamiento hacia el padre estando presente el menor y la idoneidad del padre para ostentarla.

3º Patria potestad compartida.

4º Visitas a favor de la madre, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta 20 horas del domingo que deberá reintegrarlo al domicilio paterno. Un día entre semana desde la salida del colegio hasta las 20 horas que deberá reintegrarlo al domicilio paterno.

5º Domicilio familiar quedará bajo la atribución de uso exclusivo a favor del padre por el único hecho de intentar no perjudicar en la medida de lo posible al menor que se quedaría en él junto a su padre. Utilización del ajuar igualmente a favor de Bienvenido por los mismos motivos.

Atribución en exclusiva a D. Bienvenido del uso del garaje y trastero, propiedad privativa del actor.



Del pago de la hipoteca que grava la vivienda se hará cargo D. Bienvenido al igual que de los gastos derivados del uso de la vivienda, comunidad, luz agua e impuesto IBI que es el que tendría el uso.

Atribución del uso de los vehículos Marca Rover (privativo de D. Bienvenido) para D. Bienvenido y modelo Peugeot 207 (ganancial) para Constanza debiendo cada uno de ellos hacer frente a los gastos del vehículo que le ha sido asignado.

6º Como pensión compensatoria, a fin de poder subsistir y hacer frente a los gastos que pudiera tener hasta que encuentre trabajo una cantidad de 700 euros limitada en el tiempo precisamente hasta que encuentre trabajo o máximo dos años. Esta cantidad siempre y cuando el uso de la vivienda se le atribuya al actor a fin de que ella haga frente a los gastos de alquiler de otra vivienda.

Alimentos a favor del menor hasta que Constanza no encuentre trabajo no los pediremos y una vez que lo encuentre en proporción a sus ingresos.

Igualmente, se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios de carácter necesario que surgieran durante la vida de su hijo mientras éste sea económicamente dependiente de sus progenitores.

SUBSIDIARIAMENTE PARA EL CASO DE QUE NO SE OTORQUE LA GUARDA Y CUSTODIA AL PADRE SOLICITAMOS LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, siempre que de los informes médicos y de la prueba practicada se certifique la capacitación de la madre para tener a su hijo bajo su cuidado.

1º La disolución por divorcio del matrimonio contraído por D. Bienvenido y doña Constanza el día 30 de Agosto de 2003.

2º Guarda y Custodia compartida.

El padre siempre ha participado de manera activa en la crianza, educación y desarrollo integral del hijo, demostrando así perfectas habilidades parentales para asumir la custodia compartida.

Actualmente existe una situación estable entre ambos cónyuges sin excesivas discusiones lo que haría posible la resolución de los conflictos habituales en la educación y desarrollo del niño, de modo fluido, correcto y sin reproches.

Para el caso de que a mi mandante no se le atribuyera el uso de la vivienda que constituye el domicilio conyugal y que es de su propiedad exclusiva, D. Bienvenido alquilaría un piso muy cercano tanto al domicilio conyugal como al del colegio del menor.

Por todo ello, estimamos que atendiendo siempre por tanto al interés superior de los mismos sería más beneficioso para éste en este supuesto concreto, ESTABLECER UN RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, siempre que, de la prueba practicada no se derive la imposibilidad o incapacidad de la madre que le impida o desaconseje permanecer con el menor.

El hijo menor del matrimonio quedará bajo la guarda y custodia de ambos progenitores por periodos de alternancia mensual entendiéndose que los periodos van de lunes a lunes.

Este régimen será alterado únicamente en las fiestas de Navidad y Semana Santa y Vacaciones estivales, de la forma que se expresa a continuación y siempre en defecto de acuerdo.

El progenitor que los haya tenido a su custodia en el mes, lo llevará al colegio el lunes por la mañana, donde el otro progenitor los recogerá a mediodía. En caso de que el lunes sea festivo, los llevará a la casa del otro progenitor.

a) Fiestas de Navidad: se entenderá por las mismas el periodo de vacaciones escolares.

Se dividirán en dos periodos, uno irá del principio de las vacaciones escolares al 29 de diciembre y el otro del 29 de diciembre al fin de las vacaciones.

Corresponderá en los años pares la elección del periodo al padre y en los impares, dicha elección será de la madre.

El menor será recogido por el progenitor al que le corresponda pasar con ellos el segundo periodo, a las 20.00 horas del día 29 de diciembre.

b) Semana Santa: Se entiende por esta la conformada por los días festivos que tengan los menores en el colegio.

Los menores pasarán las fiestas de Semana Santa ininterrumpidamente con su madre en los años impares y junto a su Padre en los pares.



e) Vacaciones estivales: Las vacaciones estivales comprenderán, para cada uno de los progenitores, el derecho de estar con sus hijos durante quince días naturales ininterrumpidos en periodo estival a elección de los periodos se hará, en los años pares por la madre y en impares por el padre, sin establecerse expresamente que estas deberán ser en un mes concreto, mediando para ello un preaviso de la elección de un progenitor al otro de dos meses de antelación.

Los menores serán llevados por el progenitor con quien estén conviviendo, a las 20.00 horas del último día que le corresponda.

PENSIÓN ALIMENTICIA Y GASTOS EXTRAORDINARIOS

El hijo pasará exactamente el mismo periodo de tiempo al año con cada uno de los progenitores en el domicilio que cada uno se atribuya, pero, provisionalmente al no tener ingresos la madre por no encontrarse trabajando como pensión alimenticia a favor del menor a abonar por su padre se solicita se fije en 300 € en los meses que no conviva con él. Dicha obligación cesará en el momento en que la madre acceda a la vida laboral.

Las necesidades de ropa y educación, libros, material escolar que los menores requieran, así como los gastos extraordinarios que los mismos pudieran generar se cubrirán al 50%.

RÉGIMEN DE VISITAS EN EL PERIODO QUE EL PADRE NO TENGA AL MENOR BAJO SU GUARDA Y CUSTODIA

Solicitamos que, a falta de acuerdo entre los progenitores, se establezca un régimen de visitas a favor del padre en el mes que no le corresponda tener bajo su custodia al menor, estos son lunes miércoles y viernes por la tarde de 17 horas a 20.30 horas que será devuelto al domicilio de la madre.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

El Uso del domicilio conyugal, garaje y trastero situados en el mismo edificio, solicitamos se atribuya a D. Bienvenido , al ser propietario del mismo a fin de que viva en él con su hijo. El otro Progenitor Dña Constanza está autorizada a retirar, los bienes y enseres de uso exclusivamente personal.

Los cambios de residencia dentro de la misma ciudad de cualquiera de los dos progenitores deberán ser comunicados al otro indicando la dirección completa del nuevo domicilio y teléfono de contacto.

El pago de la hipoteca será a cargo de D. Bienvenido , al igual que de gastos derivados del uso de la vivienda, comunidad, luz agua e impuesto IBI que es el que tendría el uso.

Atribución del uso de los vehículos Marca Rover para D. Bienvenido es de propiedad exclusiva y privativa de éste y modelo Peugeot 207 uso exclusivo para Constanza siendo un bien integrante de la SOCIEDAD de gananciales. Cada uno de ellos debe hacerse cargo de todos los gastos del vehículo que les ha sido asignado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Como pensión compensatoria a favor de doña Constanza , dado que no ha encontrado aún trabajo, una cantidad de 700 euros. Esta se establece de manera provisional limitada en el tiempo hasta que encuentre trabajo o máximo dos años de duración debido a su cualificación profesional Y ello teniendo en cuenta que mi mandante abonará. los gastos derivados del préstamo hipotecario de la vivienda. La cantidad ofrecida se mantendría siempre y cuando el uso de la vivienda fuese atribuido a Bienvenido pues, en otro caso ella tendría cubierta las necesidades de vivienda y él tendría que vivir pagando un alquiler.

Todo ello con la expresa imposición de las costas a la demandada, si se opusiere a las pretensiones de esta demanda ».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Rut Sánchez González, en nombre y representación de doña Constanza , 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 en el sentido siguiente:

«1.- Que la guarda y custodia del hijo sea atribuida a Doña Constanza , de conformidad con lo solicitado por la actora en el escrito de demanda.

2.- Que se atribuya a la esposa y al hijo menor que queda en su compañía, el uso de la vivienda y ajuar familiares, incluyendo de manera expresa el uso de la plaza de garaje y trastero.

3.- Que se otorgue a Don Bienvenido un derecho de visitas y comunicaciones con el hijo menor consistente en:



Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20:30 h., en que el menor será reintegrado por el progenitor en su domicilio habitual dos tardes entre semana, que a falta de acuerdo se corresponderá con la de los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 20:30 h., en que el progenitor reintegrará al menor en su domicilio habitual. En cuanto a las vacaciones escolares el progenitor podrá disfrutar de la compañía de su hijo:

La mitad del periodo de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. En caso de desacuerdo corresponderá elegir periodo al padre en los años pares y a la madre en los impares.

4.- Respecto de la pensión alimenticia para el hijo, solicitamos del Juzgado que se establezca la obligación por parte de Don Bienvenido de abonar la cantidad de 650 euros mensuales.

Dicha cantidad deberá abonarse las 12 mensualidades del año, durante los cinco primeros días de cada mes, y actualizarse con efectos de 1 de Enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo (IPC) y publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiere sustituirle.

Igualmente se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios, tales como clases, viajes al extranjero, actividades extraescolares y aquellos gastos sanitarios que no estén cubiertos por la póliza contratada o asistencia sanitaria pública y otros análogos de carácter necesario que surgieran durante la vida del hijo mientras sea económicamente dependiente de sus progenitores, incluyéndose de manera expresa la formalización de matrícula de inicio del curso escolar y la adquisición de libros y material escolar.

5.- Establecer pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 650 euros mensuales, cuantía que deberá abonarse las 12 mensualidades del año, durante los cinco primeros días de cada mes, y actualizarse con efectos de 1 de Enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo (IPC) y publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiere sustituirle».

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Badajoz, dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. RODOLFO SAAVEDRA, en nombre y representación de D. Bienvenido, frente a D. Constanza debo decretar la disolución por divorcio del matrimonio de los mencionados, y ello, con todos los efectos legales inherentes, estableciendo las siguientes medidas:

1.- Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a la madre con patria potestad compartida con el padre.

2.- Como régimen de visitas, comunicación y estancias a favor del progenitor no custodio, se establece el siguiente:

Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20/21 horas (Invierno/Verano)

2 días a la semana, que a falta de acuerdo lo serán el martes y el jueves, desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del mismo.

Mitad del periodo vacacional de Navidad, de Semana Santa y de verano, computados desde el día siguiente a la finalización de las clases al anterior el reinicio de las mismas, con elección, en caso de discrepancia del padre los años pares y la madre los impares.

3- En concepto de pensión de alimentos a favor del hijo se establece a cargo del padre la cantidad de 400 €/mes que deberá abonar a la madre por adelantado durante los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizará a primeros de cada año, conforme a las variaciones que experimente el IPC publicados anualmente por el INE.

4.- Los gastos extraordinarios del hijo se abonarán por mitad por ambos progenitores.

5 - Se atribuye el uso del domicilio familiar y ajuar doméstico al hijo y a la madre en cuya compañía queda.

6.- Se establece pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 650 €/mes que deberá abonarle el marido en los mismos términos establecidos para la pensión de alimentos, y que estará vigente hasta que la esposa encuentra trabajo y como máximo, durante un plazo de 2 años.

7.-Se declara disuelta la sociedad ganancial.



No procede hacer pronunciamiento en cuanto a las costas».

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Bienvenido . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictó sentencia con fecha 4 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, desestimando como desestimamos, el recurso de apelación deducido por la representación procesal de don Bienvenido , contra la sentencia nº 148/2014, de 14 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Badajoz , en el proceso de divorcio nº 775/2012, debemos confirmar y confirmaos íntegramente dicha resolución, sin imposición de costas.

Ingresese en el Tesoro Público, la cantidad del depósito para recurrir».

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Bienvenido , con apoyo en los siguientes Motivos:Primero.- Infracción en concepto de la aplicación indebida de los artículos 92 del Código Civil al amparo de lo establecido en el art. 477.2. 3. de la vigente LEC , en relación al artículo 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011 , art. 39 de la de la Constitución Española , art. 2 de la LO1/1996 de Protección del Menor ya que entra en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la guarda y custodia compartida de ambos progenitores. Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial de dichos preceptos recogida en las sentencias de fecha 29 de abril de 2013 , 19 de julio de 2013 , 25 de mayo de 2012 , 25 de noviembre de 2012 , 2 de julio de 2014 ».

1.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 28 de octubre de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don José Joaquín Nuñez Armendariz, en nombre y representación de doña Constanza , presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se estime el motivo por infracción del art. 92 del C Civil y jurisprudencia que lo desarrolla.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de Marzo de 2016, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia ahora recurrida desestima la pretensión de guarda y custodia compartida que había interesado la parte ahora recurrente de forma subsidiaria respecto al hijo, Candido , de 11 años cuando se dicta la sentencia del Juzgado (14 de marzo de 2014), porque "ha quedado suficientemente acreditado en las actuaciones, que el régimen de guarda y custodia actual, que viene rigiendo desde que se adoptara, inicialmente, en Auto de Medidas Provisionales previas a demanda de Divorcio, de 28/11/2012, se ha cumplido en forma plenamente favorable para el menor, sin que se haya producido, en todo ese tiempo, ninguna incidencia negativa que aconsejara plantearse la posibilidad de un cambio en ese régimen, completado en el régimen de visitas, que viene observándose desde aquella misma fecha. Es más, es el propio menor el que ha reconocido expresamente estar plenamente adaptado al régimen actualmente vigente, como así se lo hizo saber al Equipo Psico-Social. En definitiva, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el pleno desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquél régimen por el de custodia compartida, máxime cuando no se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso del Sr. Bienvenido . El menor, de 11 años de edad, por su parte, manifiesta que quiere continuar con el régimen actual, con el mismo sistema de permanencia y estancia; en todo caso, desearía el menor la ampliación del horario de los fines de semana, para que su padre lo reintegre al domicilio materno una hora más tarde los domingos".

El recuso se formula por aplicación indebida del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla (SSTS 29 de abril , 19 de julio y 25 de noviembre de 2013 ; 25 de mayo 2012 y 2 de julio de 2014), en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de fecha 20 de noviembre de 2011 ; artículo 39 Constitución Española y artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección del menor, ya que entra



en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina este régimen de guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

Se desestima.

No se cuestiona que con el sistema de guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres. Lo que no se entiende es que, frente a la sentencia recurrida que valora el interés del menor con expresa atención a la opinión del propio hijo, se pretenda un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo, bajo la cobertura legal de la guarda y custodia compartida que es prácticamente igual al que la sentencia ha fijado en su favor pues no otra cosa se deduce del que ahora interesa en el recurso de lunes a jueves (martes y jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del mismo por la mañana); fines de semana alternos desde la salida del niño del colegio al mediodía hasta el lunes a la entrada en el colegio por la mañana y la mitad de los periodos vacacionales de navidad, semana santa y verano, con una limitación de la prestación alimenticia de cuatrocientos euros a ciento cincuenta hasta que la madre encuentre un empleo.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso, y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por don Bienvenido contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz -Sección 2ª- de fecha 4 de julio de 2014 , con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana..Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.