



Roj: **STS 1655/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1655**

Id Cendoj: **28079110012016100250**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **2443/2015**

Nº de Resolución: **265/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 1720/2012 de la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio núm. 99/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Epifanio, representado por la procuradora Dña. Margarita María Sánchez Jiménez, bajo la dirección letrada de Dña. María Ángeles Ruiz Martínez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrida se persona Dña. Adelaida representada por la procuradora Dña. María Esther Centoira Parrondo, bajo la dirección letrada de Dña. Inmaculada Rodríguez Díaz, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La procuradora Dña. Margarita Sánchez Jiménez, en nombre y representación de D. Epifanio, interpuso demanda de juicio por divorcio contra Dña. Adelaida, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Decretando:

- 1) La disolución del matrimonio por divorcio.
- 2) La disolución de la sociedad de gananciales.
- 3) La adjudicación de la patria potestad a ambos progenitores.
- 4) Régimen de custodia compartida en los términos expuestos en el hecho sexto de nuestra demanda.
- 5) La condena en costas a la demandada si se opusiera a estas pretensiones.

Es justicia que pido».

Y en el hecho quinto de la demanda (no hay sexto) se expone:

«1.- Titularidad y ejercicio de la patria potestad. La patria potestad de ambos descendientes será ejercida por los dos progenitores.

2.- Guarda y custodia de los hijos. Al amparo de lo previsto en el art. 92.8 del Código Civil, y habida cuenta de que el conflicto existente entre los cónyuges es un conflicto de pareja que nada tiene que ver con la relación de éstos con los hijos, ésta parte solicita que se establezca un régimen de custodia compartida, a fin de que los hijos menores del matrimonio no vean afectada su relación con ninguno de sus progenitores por el cese de la convivencia de sus padres. Algo que entiende esta parte sería perjudicar el bienestar de los hijos.



En este sentido, hay que tener en cuenta que las rutinas de los hijos, que a continuación exponemos, facilitan el ejercicio de la custodia compartida.

El Colegio de los hijos menores es el Colegio Ártica, que pertenece a una cooperativa denominada José Ramón Otero, y se encuentra en la C/ de los Morales núm. 25 de Madrid. Se trata de un centro concertado. Los niños acuden al colegio de manera regular en un horario de 9.00 a 17.00, comiendo allí.

Los lunes y miércoles Sonia tiene como actividad extraescolar, dentro del propio centro, Gimnasia Rítmica hasta las 18.15 horas.

Los lunes miércoles y viernes, Vidal pertenece a un equipo de fútbol en el que entrenan lunes y miércoles de 17.30 a 18.30 y los viernes juegan un partido en horario variable.

Además, Sonia va a natación de 17.30 a 18.30 los jueves, e Vidal a natación y ajedrez, pero esto dentro del horario escolar.

Por último, ambos niños montan a caballo una hora cada semana.

Dña. Adelaida tiene un horario laboral de 8.00 a 14.00 horas, trabajando para Movistar, en el Distrito C de Madrid.

Mi mandante es autónomo, teniendo una empresa de montajes eléctricos, por lo que durante los periodos de tiempo en que Adelaida ha trabajado intermitentemente por circunstancias como embarazos, convalecencia por operación de espalda de Adelaida, etc... se ha venido ocupando de levantar, dar el desayuno y llevar a los niños al colegio, incorporándose a continuación a su trabajo, donde permanece de forma continua hasta las 19.00 horas, salvo imprevistos con los niños o necesidades de Adelaida como comidas de empresa, cuidado de su madre por enfermedad etc., en cuyo caso puede y se ha ausentado de su puesto de trabajo sin ningún problema.

Mi mandante, de común acuerdo con la demandada, ha abandonado la vivienda, trasladándose a la de sus padres, en tanto que no mejore su situación económica y pueda alquilar una vivienda cerca del domicilio familiar, algo que de momento es imposible habida cuenta de los mencionados problemas económicos y de los elevados gastos que supone mantener la vivienda familiar. Asimismo, no existen problemas de relación entre ambos cónyuges, más allá de los problemas puntuales que acompañan a una ruptura, que afecten a sus hijos o a la relación de ambos con éstos. De hecho, a pesar de haber abandonado la vivienda, se sigue ocupando de levantar, dar de desayunar y llevar al colegio a los niños todas las mañanas, para lo que se desplaza desde el domicilio de sus padres a la vivienda familiar a la hora en que Adelaida abandona la vivienda para irse a trabajar (6:45 de la mañana aunque los niños no se despiertan hasta las 8:00). No existe por último causa legal que impida acordar este régimen de custodia.

A mayor abundamiento, a pesar de haberse roto la relación de pareja, ambos progenitores han venido ocupándose por igual del cuidado de sus hijos, habiéndose repartido igualmente sin ningún problema las recientes vacaciones de Navidad, así como estando en continua comunicación en todo lo relativo a los niños, de modo que estos estén en todo momento debidamente atendidos.

Además, mi mandante ha venido colaborando en las tareas de atención a los hijos, siempre de mutuo acuerdo con D.^a Adelaida.

A pesar de ello, D.^a Adelaida se opone al establecimiento de un régimen de custodia compartida. Negativa que supone una gran carga emocional para mi mandante puesto que no puede pasar todo el tiempo que desea con sus hijos, lo cual afecta también en gran medida al estado de ánimo de los niños, que lógicamente, echan de menos a su padre, con quien mantienen una excelente relación.

Sentadas las anteriores bases, esta parte solicita se acuerde el régimen de custodia compartida, que se articulará conforme se indica a continuación.

- Los hijos comunes del matrimonio permanecerán en periodos de una semana, de lunes a domingo, con cada uno de sus progenitores en el domicilio de cada uno de ellos. El cambio se realizará el lunes (el custodio los deja por la mañana y el otro los recoge por la tarde).

- El progenitor con quien no permanezcan los hijos tendrá derecho a dos visitas intersemanales que comenzarán el día que acuerden ambos desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas, en que deberá devolver a los niños al domicilio del progenitor con quien estén pasando la semana. Es importante que existan dos visitas intersemanales a fin de evitar que los niños pasen más de dos días seguidos sin ver a sus padres.

- Cada uno de los progenitores facilitará la comunicación telefónica de los hijos o por cualquier medio electrónico con aquél con quien no estén en cada período semanal, respetando siempre el horario de descanso



de los menores. Las vacaciones escolares se dividirán por mitades, acordando cada año que período pasan los menores con cada progenitor. En caso de desacuerdo, el padre elegirá los años pares y la madre los impares. Ambos progenitores tendrán que comunicarse el lugar en que pasarán las vacaciones los menores.

Los periodos de Navidad que se establecen con carácter supletorio son:

-Del 24 de diciembre al 31 de diciembre.

-Del 31 de diciembre al 6 de enero.

Los hijos pasarán el día de Reyes con el progenitor con el que se encuentren hasta las 15:30h, el otro progenitor los recogerá a esa hora, teniéndolos en su compañía hasta las 21 h. del mismo día.

Las vacaciones escolares de verano comprenden desde el comienzo de las mismas en junio, hasta la vuelta en septiembre, los hijos quedan libres de las estancias cuando se encuentren en campamentos, viajes de estudio al extranjero o actividades similares; en este caso se dividirá el período restante por mitad.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, ambos progenitores disfrutarán de una mitad de dicho período, estableciéndose con carácter supletorio:

-Primer período: Desde su comienzo hasta el miércoles.

-Segundo período: Desde el miércoles a medio día hasta el lunes a la entrada del colegio.

En caso de desacuerdo con la distribución de los períodos, el padre elegirá los años pares y la madre los impares. Ambos progenitores tendrán que comunicarse el lugar en que pasarán las vacaciones los menores.

Asimismo, ambos progenitores tendrán la obligación de que los días de cumpleaños del progenitor, fiestas del día de la madre, del padre, Santos y otras celebraciones importantes de la familia paterna o materna, los hijos pasarán el día con el progenitor a quien corresponda la celebración.

Respecto a los cumpleaños y Santos de los menores, ambos progenitores acuerdan que disfrutarán conjuntamente con los hijos dichas celebraciones, si alguno de ellos no deseara una celebración conjunta y la festividad coincide con fin de semana o con día festivo, acuerdan que los menores estarán con el progenitor a quien en dichas fechas le corresponda hasta las 16:30h y con el otro desde dicha hora hasta las 21:00h.

Por último, cuando por motivos laborales, de salud, o cualquier otro imprevisto, uno de los progenitores no pueda atender a los niños, el otro progenitor podrá hacerse cargo de los mismos hasta que cese la causa que impida al otro atenderlos, teniendo el progenitor no custodio prioridad sobre terceras personas.

3.- Atribución del uso de la vivienda familiar y del vehículo familiar. La vivienda familiar, de carácter ganancial, será atribuida, a los niños habida cuenta de que, habiéndose solicitado un régimen de custodia compartida, y ante los graves problemas económicos que atraviesa la empresa de mi mandante que le impiden alquilar una vivienda, y para mayor beneficio de los menores, serán los padres los que cada semana se trasladarán a la vivienda familiar.

Dña. Adelaida cuenta al igual que mi mandante con la posibilidad de trasladarse al domicilio de sus padres durante la semana en que no esté a cargo de sus hijos, lo cual por un lado, facilita a ambos ejercer la custodia compartida, evitando incurrir en nuevos gastos que, actualmente, entiende esta parte que son imposibles de asumir por ambos progenitores. Todo ello conforme se acreditará más adelante.

Asimismo, deberá acordarse la venta de la vivienda en el plazo máximo de un año desde que se dicte sentencia al precio de mercado en ese momento, a fin de que ambos progenitores puedan adquirir, si lo desean, una vivienda privativa en la que vivan sus hijos. El motivo de esta venta, como se expondrá más adelante, no es otro que la dificultad de continuar pagando la alta hipoteca y los elevados gastos de la misma, dados los problemas económicos que atraviesa mi mandante.

Por último, en cuanto al vehículo familiar, este será utilizado por ambos progenitores en el período en que les corresponda estar con sus hijos, costeados por mitad los gastos de mantenimiento del mismo.

4.- Contribución a la manutención de los hijos y gastos extraordinarios. Teniendo en cuenta que los gastos estimados de los hijos menores se desglosan como sigue:

Colegio Sonia 316,86€ (doc. 7)

Colegio Vidal 302,77€ (doc. 6)

Comida: 100 € por cada niño 200,00€ mes

Ropa: 50 € por cada niño 100,00€ mes



Caballos: 100,00€ mes

Suministros vivienda familiar 150,00€ mes

Total gastos menores: 1169,63.-€.

Sobre la base de dicha estimación de gastos, teniendo en cuenta la situación económica de ambos cónyuges, que se acredita mediante declaración de renta de mi mandante y última declaración trimestral del año 2011 de su actividad (docs. 8 y 9), y que la demandada cobra en torno a 1.400.-€ al mes por 14 pagas más una anual de beneficios conforme acreditaré en el momento procesal oportuno, entiendo esta parte que ambos progenitores deberán contribuir por igual a la manutención de los niños, por lo que deberán abonar en la cuenta que designen de mutuo acuerdo la cantidad de 585.-€ mensuales.

Dicha cantidad será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que facilite la demandada al demandante y se actualizará el día uno de cada año de acuerdo con el IPC de los últimos doce meses que publique el INE u organismo análogo que pudiera sustituirle, así como de acuerdo a la variación en los importes de los gastos de los niños que se vayan sucediendo.

Es importante explicar en este punto que la empresa de mi mandante, que comparte con un socio, está atravesando graves problemas para subsistir desde hace un año y medio aproximadamente, motivo este que ha generado tensiones en el matrimonio hasta llevarlo a su ruptura.

En este punto es necesario apuntar que hace dos años Dña. Adelaida estaba de excedencia por lo que no cobraba nada, siendo mi mandante quien aportaba todo el dinero al núcleo familiar. Se incorporó en octubre de 2010 tras dos periodos de excedencia de tres años cada uno coincidiendo su incorporación con el inicio de los problemas económicos en la empresa de mi mandante, que han dado lugar a la ruptura del matrimonio.

En este sentido, como se puede ver en las declaraciones tributarias aportadas, los ingresos de mi mandante son incluso inferiores a los de la demandada hasta el punto de que en estos días se han visto obligados a despedir a dos trabajadores por baja productividad de la empresa. existiendo previsión de nuevos despidos. Todo ello se acreditará en el momento procesal oportuno cuando estén finalizados los mismos.

No obstante, mi mandante se ha esforzado para intentar mantener el nivel de vida adquirido en tiempos mejores en continuar ingresando la cantidad que venía metiendo en la cuenta familiar de entre 1500 y 2.000.-€ al mes. Cantidad que, cuando no ha sido posible cobrarla de la empresa ha sido prestada por su padre tras acabarse los ahorros familiares y ocasionalmente ingresada por el mismo en la cuenta. No siempre ha sido posible reunir el dinero a tiempo, lo que ha dado lugar a que se produjera algún descubierto en la cuenta que ha sido subsanado de forma casi inmediata.

Además, el matrimonio tiene una participación en Madrid Urban Golf S.L. conforme se acredita mediante documentos 10 y 11, por la cual han venido recibiendo una cantidad variable en concepto de devolución de préstamo, si bien esta entrega ha cesado por problemas económicos de la mercantil citada, que de hecho tiene prevista una ampliación de capital, conforme se acredita mediante documento núm. 12. En dicha reunión se decidió suspender la devolución de dichos préstamos hasta una fecha sin determinar así como una ampliación de capital en la que si se aportan 3000.-€ antes del 3 de febrero de 2012 los aportarán otros socios con lo que la participación de ambos cónyuges pasará del 4% al 2,5%.

De esta situación es conocedora D.^a Adelaida quien respondió a un mail remitido por mi mandante con la convocatoria de la reunión con otro indicándome que no autoriza dicha ampliación de capital. Se acompaña copia de dicho mail como documento núm. 13.

En conclusión, si bien hasta la fecha mi mandante ha podido contribuir a las cargas del matrimonio con mucho esfuerzo, en la actualidad, y por las circunstancias expuestas derivadas de la crisis económica que vivimos, tiene más dificultades para hacerlo, causa esta de numerosas discusiones con la demandada, lo que ha llevado a la ruptura.

Gastos extraordinarios: Deberán abonar por mitad los gastos extraordinarios que surjan a los hijos. Se entenderá por gastos extraordinarios, aquellos que no tienen una periodicidad prefijada, al dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal manera que los mismos pueden surgir o no, habiendo además estar vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al desarrollo y formación en todos los aspectos.

Los gastos extraordinarios deberán ser acordados por ambos progenitores con carácter previo a su adopción salvo aquellos de fuerza mayor que supongan peligro para la vida o integridad del menor, supuesto en el cual el progenitor custodio deberá comunicar al no custodio con la mayor brevedad posible la existencia de dicha circunstancia. Razón ésta por la que insistimos en la necesidad de vender la vivienda familiar a fin de reducir



las cargas económicas que se derivan de la hipoteca y gastos de mantenimiento de una casa de 144 metros cuadrados que entendemos no es necesario mantener para la estabilidad de los niños. Se acompaña como documento núm. 14 escritura de compraventa de la vivienda acreditativa de las dimensiones de la misma.

Gastos inherentes a la propiedad que deberá abonar mi mandante. Serán gastos inherentes a la vivienda familiar los que a continuación se desglosan:

Gastos Comunidad de Propietarios 164,36 € mes (doc. 15)

IBI (617,4 € año) 51,45 € mes (doc. 16 y 17)

Tasa Basuras (131,10 € año) 10,92 € mes (doc. 18 y 19)

Hipoteca 1546,82 € mes (doc. 20)

Total..... 1.773,55 € mes.

Siendo estos gastos inherentes a la propiedad de la vivienda, cada cónyuge abonará el 50% de los mismos, es decir ochocientos ochenta y seis euros con setenta y siete céntimos (886,77.-€) cantidad que deberán ingresar dentro de los cinco días de cada mes en la cuenta en la que se pasa al cobro la hipoteca y los gastos de la casa.

Para el supuesto de que en las sucesivas revisiones de hipoteca resulte incrementada la cuota a pagar, la cantidad indicada anteriormente será regularizada en una cantidad equivalente al 50% del incremento de la cuota, o bien se verá reducida en la misma proporción, en caso de descenso de cuota.

Por último, mi mandante vendrá obligado al pago del 50% de las derramas que la Comunidad de Propietarios en que se encuentra la vivienda apruebe en junta de propietarios».

2.- A estas actuaciones se acumularon las número 125/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid, diligencias que fueron incoadas por presentación de demanda de divorcio de Dña. Adelaida , representada por la procuradora Dña. Esther Centoira Parrondo, bajo la dirección letrada de Dña. Inmaculada Rodríguez Díaz, contra D. Epifanio , y en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que juzgó pertinentes suplicaba al juzgado:

«Que en la representación que ostento, me tenga por personado y parte, admita a trámite la demanda que interpongo con los documentos acompañados, en nombre de mi principal Dña. Adelaida , contra Don Epifanio y previa notificación y emplazamiento de la parte demandada, y traslado de la misma al Ministerio Fiscal; y por los trámites pertinentes, previo recibimiento del pleito a prueba que desde ahora dejamos interesado, señale la celebración vista, dicte sentencia estimatoria de mis pretensiones en la que se declare disuelto por divorcio el matrimonio formado entre los cónyuges aquí litigantes por la causa invocada, con los efectos legales inherentes, suspendiéndose su vida en común, quedando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado al otro y cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, acordando respecto de sus bienes la disolución del régimen económico matrimonial, condenando al demandado al pago de las costas procesales en caso de oponerse a nuestra pretensión, y acuerde las siguientes medidas:

1. Que se declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por mi representada y el esposo demandado.
2. Que se atribuya el uso y disfrute de la que hasta la fecha ha sido el domicilio conyugal a la esposa junto con sus hijos, sita en Madrid, en la CALLE000 , núm. NUM000 , NUM000 NUM001 .
3. Que se declare la patria potestad de los menores de forma compartida para ambos cónyuges, y se atribuya la guarda y custodia de los menores a mi representada.
4. Que se establezca, para el caso de desacuerdo entre las partes, el régimen de visitas indicado con anterioridad en el hecho octavo de la presente demanda.
5. Que se acuerde en concepto de pensión alimenticia a fin de atender a los gastos de alimentos, vestido, habitación y educación de los hijos menores, que el padre abonará mensualmente a la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, el importe de dos mil euros mensuales (2.000.-€), mil euros (1.000.-€), para cada hijo. Esta cantidad será actualizada en enero de cada año, conforme al IPC anual, o índice que en su caso lo sustituya. Dicha cantidad será ingresada por el padre en la cuenta corriente que la esposa designe. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por los cónyuges el 80% el padre y el 20% la madre.
6. Que se distribuyan las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, en razón de su adquisición, al 50% para cada cónyuge, que actualmente ascienden a 621,48.-€, así como también al 50% el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Y que se condene al esposo al pago de las cuotas relativas al crédito



de 15.000.-€ que solicitó para la inversión en Madrid Urban Golf, S.L., y que ascienden actualmente a 303,85.-€/mes.

Es justicia que pido».

Y en el hecho octavo se manifiesta:

«Guarda y Custodia. Régimen de visitas.

Sin perjuicio de la patria potestad, que quedará compartida entre ambos cónyuges, se interesa, por todo lo expuesto anteriormente, que se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores habidos del matrimonio, a la madre quien en mayor medida se viene encargando de ellos.

El régimen de visitas de los menores, en favor del padre será aquel que libremente pacten ambos consortes. No obstante, para el supuesto que no se pusieran de acuerdo, se establece con carácter subsidiario el siguiente régimen de visitas en favor del padre:

A) En cuanto a los fines de semana, el padre tendrá en su compañía a sus hijos, los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 19 horas.

B) Durante la semana, el padre podrá comunicarse con sus hijos dos tardes a la semana que serán las correspondientes a los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 19 horas, momento en el que el padre reintegrará a los hijos, de nuevo, al domicilio de la madre.

C) Respecto a las vacaciones escolares de Navidad; los hijos del matrimonio pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con su padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período a las 11 horas del día siguiente a aquél en que finalicen las clases y finalizando el mismo, el día 30 de diciembre a las 20 horas. El segundo período comenzará el día 30 de diciembre a las 20 horas y finalizará a las 19 horas del día inmediatamente anterior a aquél en que comiencen las clases.

En todo caso, en la festividad de Reyes, el progenitor al que no le haya correspondido el segundo período, podrá disfrutar de la compañía de los hijos desde las 17 horas hasta las 21 horas, debiendo reintegrarlos al domicilio del progenitor con el que se encuentre disfrutando de ese segundo período vacacional.

Los padres se alternarán cada año los distintos periodos, correspondiendo el primer período a la madre los años pares y el segundo los años impares; de forma que al padre le corresponderá los años pares el segundo período y en los años impares el primer periodo.

D) En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, los hijos, pasaran la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa con su padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período a las 11 horas del día siguiente a aquél en que finalicen las clases y finalizando el mismo, el miércoles de la semana siguiente a las 17 horas. El segundo período comenzará el primer miércoles a las 17 horas y finalizará el día inmediatamente anterior a aquél en que comiencen las clases a las 19 horas.

Los padres se alternarán cada año los distintos periodos, correspondiéndole el primer período a la madre los años pares y el segundo los años impares, y así sucesivamente.

E) En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los hijos, pasaran la mitad de sus vacaciones con la madre, siendo la madre, cada año, quien determine si dicho período corresponderá a Julio o Agosto en función de su propia situación laboral.

El padre será quien asuma la obligación de recoger y retornar a los menores, en el domicilio materno, en los distintos períodos vacacionales antes referidos.

F) En cuanto al cumpleaños de cada progenitor, ambos cónyuges permitirán que los niños coman o pasen la tarde con el que el que cumpla los años.

Igualmente, permitirán que se reparta o compartan los días de los cumpleaños de los niños».

3.- En estas actuaciones acumuladas consta la personación de D. Epifanio , representado por la procuradora Dña. Margarita Sánchez Jiménez, y su contestación a esta demanda en cuyo suplico se solicita:

«Dicte sentencia desestimando la demanda interpuesta de contrario, declarando haber lugar a lo solicitado por esta parte en su escrito de demanda».

4.- La procuradora Dña. Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de Dña. Adelaida , 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:



«Desestimando la demanda de D. Epifanio y estimando la formulada por esta parte acumulada a los presentes autos, condenando en costas al demandante».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 23 se dictó sentencia, con fecha 13 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimar en parte la demanda y declarar la disolución del divorcio del matrimonio contraído entre D. Epifanio y D.^a Adelaida el día 5 de abril de 2003, con todos los efectos inherentes a tal declaración.

Notificar y confirmar con carácter definitivo las medidas adoptadas en el auto de 20 de marzo de 2012 dictado en la pieza separada de medidas provisionales.

Declarar disuelto el régimen económico de gananciales a cuya liquidación se procederá, en su caso, por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales».

El auto de 20 de marzo de 2012, resolutivo de la pieza separada de medidas provisionales en su parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Dispongo:

Acordar las siguientes medidas provisionales:

1.- La separación provisional de los cónyuges.

2.- La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad Vidal y Sonia a la madre, siendo ejercida conjuntamente por ambos progenitores la patria potestad.

3.- Atribuir a los hijos y a la madre en cuya compañía permanecen, el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, sito en la CALLE000 n.º NUM000, NUM000 NUM001, de Madrid, debiendo abstenerse el padre de entrar en dicho inmueble.

4.- El padre tendrá el derecho y la obligación de relacionarse y comunicar con sus hijos en la forma que acuerde con la madre, procurando ambos progenitores garantizar el interés y bienestar de los menores.

Subsidiariamente y a fin de asegurar el derecho irrenunciable de los menores a mantener contacto con su padre, regirá el siguiente sistema:

Los menores permanecerán con su padre los fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes o a la salida del colegio, hasta la mañana del lunes, debiendo el padre llevarlos al colegio o, en su caso, reintegrarlos a las 12 horas al domicilio en que residan con la madre.

Se establece dos tardes intersemanales, que a falta de acuerdo serán la de los miércoles y jueves, en que el padre recogerá a los menores a la salida del colegio o, en su caso, a las 17 horas, permaneciendo en su compañía hasta las 20 horas en que deberá reintegrarlos al domicilio en que residen con la madre.

En todo caso, el padre llevará a los hijos al colegio debiendo recogerlos en el portal del domicilio familiar donde le serán entregados por la madre.

Los menores permanecerán con su padre durante la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo la madre en los años pares en caso de desacuerdo.

Por lo que respecta a las vacaciones de verano, y en caso de discrepancia, se establecen dos períodos que se cumplirán anualmente de forma alterna: en el primero, el padre podrá estar con los menores los días del mes de junio desde que finalice el colegio y el mes de agosto. En el segundo período, el padre podrá estar con los menores el mes de julio y los días de septiembre hasta el día anterior a que comience el curso escolar, eligiendo la madre en los años pares a falta de acuerdo.

El día del Padre y cumpleaños del padre, permanecerá éste con los menores, en todo caso, desde las 10 de la mañana hasta las 20 horas.

El día de la Madre y cumpleaños de la madre, permanecerá ésta con los menores, en todo caso, desde las 10 de la mañana hasta las 20 horas.

Los cumpleaños de los menores permanecerán éstos con los progenitores en años alternos, comenzando la madre en los años impares en caso de discrepancia y, en todo caso, desde las 10 de la mañana hasta las 20 horas, procurando no separar a los hermanos.



5.- En concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos comunes, deberá pagar el padre la cantidad de 1.000 euros mensuales, a razón de 500 euros para cada hijo, en doce mensualidades anuales que se harán efectivas con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la entidad y cuenta bancaria que al efecto designe la madre. Tal cantidad se actualizará anualmente, con efecto de uno de enero de cada año, en proporción a la variación que experimente el índice nacional general de precios al consumo en el período de diciembre a diciembre inmediato anterior según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u órgano que pueda sustituirle.

Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, tales como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de la salud de la Seguridad Social, serán sufragados al 50%.

6.- Cada parte satisfará el 50% de la hipoteca que grava la vivienda familiar.

7.- Se atribuye a la esposa el uso del vehículo familiar.

8.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

9.- No ha lugar a determinar en el presente trámite procesal ninguna otra medida.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 11 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Epifanio, representado por la procuradora Dña. Margarita Sánchez Jiménez, contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid, en autos de divorcio núm. 99/12; seguidos con Dña. Adelaida, representada por la procuradora Dña. Esther Centoira Parrondo, debemos revocar y revocamos la expresada resolución en los siguientes sentidos:

1.º) El fin de semana alterno a favor del padre se unirá el jueves a la salida del colegio o en su defecto a las 17 horas.

2.º) Se fija en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 400 euros mensuales por cada hijo.

Sin hacer expresa imposición de costas en este recurso.

Siendo estimatorio el recurso, procédase a la devolución del depósito al consignante, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita».

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por D. Epifanio. Este recurso fue inadmitido por auto, de fecha 18 de diciembre de 2014, dictado por la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial. Se recurrió en queja por el recurrente, ante este Tribunal Supremo, registrada con el núm. 15/2015. Fue resuelta mediante auto de fecha 24 de junio del 2015, en cuya parte dispositiva se estimó la queja y se acordó que por la referida Audiencia se continuara la tramitación del recurso.

TERCERO.- 1.- Por D. Epifanio se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primero y único.- Por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los arts. 92, 5, 6, 7 y 8 del C. Civil, e inaplicación de los criterios jurisprudenciales para su establecimiento, al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta dicho art. 92 del C. Civil, en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 2 de la LO/1996 de Protección del Menor y el art. 39, párrafo segundo CE, porque se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que recogen las sentencias del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto, de fecha 4 de noviembre de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos efectos.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de Dña. Adelaida, presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el Fiscal interesó igualmente la desestimación del recurso.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

El presente recurso trae causa de autos de juicio de divorcio, en cuya sentencia de primera instancia, en la que se elevaban a definitivas las medidas provisionales, se acordó atribuir la guarda y custodia a la esposa de los hijos habidos en común (Vidal nacido en NUM002 2004 y Sonia nacida en NUM003 de 2007).

Formulado recurso de apelación contra la citada sentencia por el padre, y tras la práctica en la instancia de la prueba de informe Psicosocial, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), desestima el recurso y confirma la resolución impugnada.

Considera la Sala *ad quem* (de apelación):

- a) Que el padre «tiene también capacidad para atender la guarda y custodia de los hijos y ha tenido una importante dedicación en el cuidado y educación de los hijos».
- b) Que en el informe psicosocial se afirma que «en estos momentos se descartan riesgos psicopatológicos o cuestiones incapacitantes que impida el desempeño como progenitores de los litigantes», y que el ahora recurrente es «un padre muy preocupado por mantener el contacto día a día con sus hijos, se encarga de llevar a sus hijos al colegio todas las mañanas, conducta digna de reconocimiento de progenitor implicado».
- c) Que los hijos tienen buena vinculación afectiva con el padre, y que éste tiene disponibilidad temporal para dedicarse a ellos.

Pero que, sin embargo, no procede la adopción del régimen de guarda y custodia compartida solicitada pues los niños, tal y como refiere el citado informe Psicosocial «se encuentran en estado evolutivo saludable, tienen buena adaptación escolar, buen estado de salud y un proceso de desarrollo normalizado». Y que, a mayor abundamiento, el extenso régimen de visitas se amplía más, y permite «asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos».

Frente a la citada sentencia se interpone por el padre recurso de casación fundado en un único motivo fundado en la infracción de los arts. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC , art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de Derechos del Niño , art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor , y art. 39 CE , en relación con el interés del menor, y la jurisprudencia de la Sala. Entre las SSTS citadas se refiere la STS de 29 de noviembre de 2013 , que dispone que : «Que ha funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de más medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender a las etapas de desarrollo de los menores, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de los menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual».

El Ministerio Fiscal ante esta Sala solicitó la desestimación del recurso.

SEGUNDO .- Motivo único. Por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC , por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los arts. 92, 5 , 6 , 7 y 8 del C. Civil , e inaplicación de los criterios jurisprudenciales para su establecimiento, al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta dicho art. 92 del C. Civil , en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 2 de la LO/1996 de Protección del Menor y el art. 39, párrafo segundo CE , porque se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que recogen las sentencias del Tribunal Supremo.

Se alega por el recurrente que se encarga personalmente de llevar a los niños al colegio, todos los días, que se le reconocen en la sentencia indudables aptitudes educativas. Que concurre el necesario diálogo, como lo evidencia el haber acordado la venta de la vivienda familiar. Que el informe psicosocial se mostró favorable a la custodia compartida, tras un período de adaptación, que ya ha concluido. Que presentó plan de coparentalidad. Tiene disponibilidad temporal y que los domicilios de los progenitores están próximos.

TERCERO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.



En la sentencia recurrida después de loar lo que de favorable menciona el informe psicosocial, en torno al padre, acaba concluyendo que:

«Ya que no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores...se encuentran en estado evolutivo saludable, tienen buena adaptación escolar, buen estado de salud y un proceso de desarrollo normalizado". Y que, a mayor abundamiento, el extenso régimen de visitas se amplía más, y permite "asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos».

La postura de la sentencia recurrida se basa en la propuesta del informe psicosocial, pues de dicha prueba pericial se deduce que era necesario un período de adaptación, con el nuevo sistema, antes de afrontar el sistema de custodia compartida.

En base a ello en la sentencia recurrida, se llega a la conclusión de que, por ahora, era más favorable ampliar el régimen de visitas del padre. Ampliando la pernocta del jueves, en las semanas que tenía a los menores el fin de semana, de forma que la estancia empezaba el jueves por la tarde y terminaba el lunes al llevarlos al colegio, sin perjuicio de las dos tardes intersemanales (miércoles y jueves) que se fijaron en la instancia, y que se aceptaron por la Audiencia Provincial, al no estar cuestionadas.

Esta postura es reflejo de la evaluación psicológica en la que se califica al padre por su impulsividad, descontrol, falta de flexibilidad y por implicar a los menores en el conflicto entre los padres.

A ella la define el informe por su impulsividad, variaciones de carácter e inflexibilidad en las negociaciones con el otro progenitor.

Por lo expuesto, en la sentencia recurrida no se cuestiona la doctrina jurisprudencial sobre custodia compartida, dado que no se dan las circunstancias necesarias, por ahora, para poder adoptarla, sin perjuicio de que pueda reevaluarse como indica el informe pericial, para lo cual sería deseable la implicación flexible, serena y ponderada de los progenitores, siempre en beneficio de sus hijos (art. 92 del C. Civil).

CUARTO .- Se imponen al recurrente las costas de la casación (arts. 394 y 398 LEC).

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

ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Epifanio contra sentencia de 11 de noviembre de 2014 de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.** Confirmar la resolución recurrida. **3.** Procede expresa imposición de costas al recurrente. **4.** Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir. 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. Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto. Firmado y rubricado.