



Roj: **STS 5532/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5532**

Id Cendoj: **28079110012016100710**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **409/2016**

Nº de Resolución: **748/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de Divorcio n.º 923/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valdemoro (Madrid); cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jose Pedro , representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña María Pilar Pérez Calvo; siendo parte recurrida doña Benita , representada por el procurador de los Tribunales don Carlos Plasencia Baltes.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La representación procesal de don Jose Pedro , interpuso demanda de juicio verbal de disolución de matrimonio por causa de divorcio contra doña Benita 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 siguiente:

«..dictar, en su día, 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. Guarda y custodia de la hija menor de edad:

»Se solicita que se establezca un régimen de CUSTODIA COMPARTIDA, como beneficio de la hija menor, permitiendo una corresponsabilidad parental que redundará en el mayor beneficio y estabilidad en su formación y crecimiento, considerando lo más adecuado que le corresponda a cada uno de los progenitores tener a la hija común Leocadia semanas completas alternas, desde el lunes por la tarde a la salida de la guardería o centro escolar en el futuro, hasta el lunes siguiente en que el progenitor guardador de ese periodo la dejará a la entrada del mismo centro por la mañana.

»a.- Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad entre ambos progenitores, permaneciendo Leocadia la primera mitad de las vacaciones escolares con el padre en los años pares y con la madre en los impares, alternándose así, sucesivamente, cada año. A estos efectos se considerará primer periodo de las vacaciones de Navidad el comprendido entre la finalización de las actividades lectivas, según el calendario escolar, hasta el 30 de diciembre a última hora de la mañana y, el segundo periodo, desde dicha fecha y hora, hasta el reinicio de las actividades lectivas.

»b.- Las vacaciones escolares de Semana Santa la menor permanecerá la Primera mitad de las mismas con el padre en los años pares y con la madre en los impares, alternándose así sucesivamente cada año, entendiéndose por vacaciones de Semana Santa el periodo no lectivo según el calendario escolar del centro al que acuda la hija común.



»c.- Las vacaciones de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores correspondiéndole la primera mitad de las mismas en los años pares al padre, y los impares a la madre, alternándose así, sucesivamente, cada año. A estos efectos, se entenderá por primer periodo de vacaciones estivales las comprendidas desde las 10 horas del día 1 de julio, hasta las 20 horas del 15 de julio y desde las 20 horas del 31 de julio, hasta las 20 horas del 15 de agosto y el 2º periodo comprenderá desde las 20 horas del 15 de julio, hasta las 20 horas del 31 de julio y desde las 20 horas del 15 de agosto, hasta las 20 horas del 31 de agosto.

»d.- Días festivos: Los festivos quedarán sujetos al régimen del fin de semana adyacente cuando recaigan en lunes; en otro caso quedarán sujetos al régimen general.

»e.- Suspensión y reinicio de la custodia compartida: El régimen de custodia compartida quedará suspendido durante los periodos vacacionales anteriormente descritos, reiniciándose el mismo a favor del progenitor que no haya disfrutado de la compañía de la menor en el último de los periodos vacacionales.

»3.- Pensión alimenticia a favor de la hija común.-

»Dado el régimen de custodia compartida que se solicita sea acordado en el presente procedimiento no debe establecerse obligación de prestación de pensión alimenticia a cargo de uno u otro progenitor, debiendo soportar cada uno los gastos que se generen cuando la niña está con cada uno de ellos y los comunes al 50%.

»Subsidiariamente, y para el improbable caso de que no se considere adecuado el establecimiento de una guarda y custodia compartida, manteniendo la atribución de la guarda y custodia de la hija menor a favor de la madre y la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»En este caso, se interesa como régimen de visitas y vacaciones a favor del progenitor no custodio el siguiente:

»El progenitor no custodio podrá estar en compañía de su hija todos los martes y jueves con pernocta, desde la salida de la guardería, colegio o actividad extraescolar y hasta el día siguiente por la mañana, en que se dejará en la entrada del mismo centro, así como los fines de semana alternos desde el Viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes por la mañana en que se dejará a la menor en la entrada del mismo centro, quedando unidos los puentes o festivos al fin de semana que corresponde. Se hace indispensable que se realice este pronunciamiento para evitar la negativa de la madre a permitir al padre ampliar el fin de semana a la festividad, como ya ha acontecido.

»Del mismo modo, respecto a las vacaciones: las de Navidad se dividirán por mitad entre ambos progenitores, permaneciendo Leocadia la primera mitad de las vacaciones escolares con el padre en los años pares y con la madre en los impares, alternándose así, sucesivamente, cada año. A estos efectos se considerará primer periodo de las vacaciones de Navidad el comprendido entre la finalización de las actividades lectivas, según el calendario escolar, hasta el 30 de diciembre a última hora de la mañana y, el segundo periodo, desde dicha fecha y hora, hasta el reinicio de las actividades lectivas.

»Las vacaciones escolares de Semana Santa la menor permanecerá la primera mitad de las mismas con el padre en los años pares y con la madre en los impares, alternándose así sucesivamente cada año, entendiéndose por vacaciones de Semana Santa el periodo no lectivo según el calendario escolar del centro al que acude la hija común.

»Las vacaciones de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores, correspondiéndole la primera mitad de las mismas en los años pares al padre, y los impares a la madre, alternándose así, sucesivamente, cada año. A estos efectos, se entenderá por primer periodo de vacaciones estivales las comprendidas desde las 10 horas del día 1 de julio, hasta las 20 horas del 15 de julio y desde las 20 horas del 31 de julio, hasta las 20 horas del 15 de agosto y el 2º periodo comprenderá desde las 20 horas del 15 de julio, hasta las 20 horas del 31 de julio y desde las 20 horas del 15 de agosto, hasta las 20 horas del 31 de agosto.

»Los festivos quedarán sujetos al régimen del fin de semana adyacente cuando recaigan en lunes; en otro caso quedarán sujetos al régimen general.

»En cuanto a la pensión alimenticia, para el supuesto de que por el Juzgado se acuerde la custodia a favor de la madre, esta parte interesa que se establezca la misma en la cantidad de 250,00€ mensuales en base a los siguientes razonamientos:

»4.- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

»Nada habrá de resolverse, en la resolución que se dicte, en cuanto a la medida de atribución de uso de domicilio familiar, al ser este de propiedad exclusiva del padre donde continuará, habiendo establecido la madre su domicilio en la casa de sus padres en la localidad de Boadilla del Monte, Contando además con una vivienda de su propiedad en dicho municipio, actualmente arrendada, percibiendo las correspondientes rentas por la misma.



»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.»

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

«... dicte en su día resolución por la que se desestimen todas sus pretensiones, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

2.2.- La mencionada representación al tiempo formulaba demanda reconventional y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación suplicó al Juzgado:

«se dicte resolución por la que:

»1.- Guarda y Custodia: Atribución a la madre de la guarda y custodia de la menor, siendo la patria potestad compartida.

»2.- Régimen de visitas: Se establece a favor del padre el siguiente régimen de visitas:

» El padre podrá disfrutar de la compañía de la menor, los martes y jueves desde la salida de la guardería o colegio hasta las 20 horas, en que la reintegrará en el domicilio de la madre.

» El padre podrá disfrutar de la menor los fines de semana alternos, desde el viernes desde la salida de la guardería o colegio hasta el domingo a las 20 horas, en que la reintegrará al domicilio materno. Si existieran puentes o fiestas inmediatamente anteriores o posteriores al fin de semana, éstas no se unirán al fin de semana, por lo que éste únicamente comprenderá el sábado y el domingo.

» Vacaciones: Por lo que a las vacaciones de Verano, serán por mitad, consistiendo las vacaciones en un mes completo, que se dividirá en periodos de quince días, correspondiéndole a la madre elegir la quincena del mes de julio y agosto que disfrutará con la menor en los años pares y al padre en los años impares.

»Por lo que respecta a las vacaciones de Semana Santa y Navidad, la madre elegirá la mitad que disfrutará los años impares, eligiendo el padre en los años pares. Dado que el cumpleaños de la menor es el día NUM005 (DIRECCION000), y que está comprendido dentro de las vacaciones escolares de Navidad, el progenitor que no disfrute ese periodo vacacional con la misma, podrá tenerla en su compañía desde las 16.00 hasta las 18.30 horas.

»El progenitor con el que permanezca la menor deberá notificar al otro el domicilio donde residirá la misma durante los periodos vacacionales. También deberán ambos padres comunicar cualquier anomalía que le pueda suceder a la menor.

»En los supuestos de enfermedad padecida por la menor, el progenitor a cuyo cargo estuviere, se lo comunicará al otro lo más rápido posible, pudiendo en este supuesto visitarla sin ningún tipo de impedimento o limitación.

»Este supuesto regirá también para ambos progenitores a lo largo de todo el año, en el supuesto de enfermedad de la menor.

» Alimentos: Se establezca en concepto de alimentos la cuantía de 500,00 euros mensuales, dadas las necesidades del alimentado y las posibilidades del alimentista. Estas cantidades deberán ser abonadas los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta bancaria que la madre señala al efecto.

»Esta cantidad se deberá incrementar anualmente con arreglo al crecimiento que experimente el Índice de Precios al Consumo, que establece en Instituto Nacional de Estadística.

»Los gastos extraordinarios de cualquiera naturaleza médico-sanitaria (intervenciones, tratamientos y medicación) y escolar (uniformes, libros y materiales) que no sean cubiertos por el régimen público, así como las actividades extraescolares serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores.

» Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, dado que el domicilio conyugal es de carácter privativo del demandado, será atribuido al mismo, estableciendo mi mandante de forma momentánea su domicilio en la vivienda de sus padres sita en la URBANIZACIÓN000 , CALLE001 número NUM000 , de la localidad de Boadilla del Monte (Madrid), hasta el momento en que mi mandante se traslade a residir a la vivienda de su propiedad en la localidad de Boadilla del Monte (Madrid) C.P. 28660, AVENIDA000 número NUM001 , Bloque NUM002 - NUM003 NUM004 , partir de la extinción del contrato de alquiler que existe en la actualidad.»



2.3.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valdemoro, dictó sentencia con fecha 9 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«SE ACUERDA LA DISOLUCION POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO celebrado el día veinticuatro de julio de dos mil nueve, en Boadilla del Monte (Madrid), entre DON Jose Pedro y DOÑA Benita .

»Y SE ESTABLECE:

»1º La atribución de la guarda y custodia de la hija menor a DONA Benita .

»2º La Patria Potestad del menor será compartida por los dos progenitores.

»3º Con relación al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, le corresponde el siguiente:

»Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada al colegio.

»Se establece además un día intersemanal siendo el miércoles desde salida del colegio hasta día siguiente, jueves, que deberá llevar a la menor al colegio. En caso de fin de semana largo podrá tener a la menor en su compañía desde la víspera del primer día festivo hasta la entrada al colegio del primer día lectivo. El día del padre lo pasara con el padre de ser festivo y el día de la madre con la madre.

»Con relación a las vacaciones será por mitad:

»Navidad la primera mitad comprende desde las 20:00 horas del primer día de vacaciones escolares del menor hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre y la segunda mitad desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero. El día de reyes, 6 de enero, el progenitor que haya disfrutado el primer periodo podrá tener al menor desde las 13:00 horas hasta las 18:00 horas.

»Con relación a las vacaciones de Semana Santa se establecen igualmente dos periodos, el primero desde las 20:00 horas del viernes de Dolores hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo periodo, desde las 20:00 horas del miércoles Santo hasta las 20:00 horas del lunes de Pascua.

»Con relación a las vacaciones de verano, existirán igualmente dos periodos, el primero iría desde las 10:00 horas del inicio de las vacaciones escolares hasta las 19:00 horas del treinta y uno de julio y el segundo periodo desde las 19:00 horas del día del treinta y uno de julio hasta las 19:00 horas del último día de periodo vacacional de verano.

»En caso de discrepancia la mitad que corresponde a cada cónyuge con relación a las vacaciones se elegirá por la madre los años impares y el padre los años pares.

»Ello no obstante, y sin perjuicio de lo que se acaba de establecer, los cónyuges podrán, de común acuerdo, convenir aquellas variaciones en el régimen de visitas que, en cada momento consideren más apropiadas para la menor-

»4º Respecto a la pensión de alimentos el padre contribuirá en concepto de pensión alimentaria (incluyendo colegio) para los dos menores en la suma de 300 euros mensuales, que se abonaran los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que señale la madre. La referida suma se actualizara, con efectos uno de enero de cada año, comenzando por el uno de enero del 2015, mediante la aplicación del IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística para el año anterior a la actualización. Los gastos extraordinarios, escolares, extraescolares, de sanidad y demás gastos extraordinarios serán por mitad, al igual que las cargas del matrimonio.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y sustanciada la alzada, la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procurador doña Mª del Pilar Pérez Calvo, en nombre y representación de don Jose Pedro , contra la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valdemoro, en autos de Divorcio nº 923/13, seguidos a instancia del citado contra Doña Benita , debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:

»Primero.- Se reconoce al padre el régimen de visitas la tarde del martes, desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

»Segundo.- El padre recogerá a la menor en el domicilio materno, y la madre la recogerá en el domicilio paterno, al término de las visitas, en todas las fechas y periodos, a excepción de la tarde del martes, que el padre recogerá y entregará a la menor en el domicilio materno.



»Desestimándose el resto de las pretensiones planteadas por el apelante, se confirman los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso.»

TERCERO.- La procuradora doña María del Pilar Pérez Calvo, en nombre y representación de don Jose Pedro , formalizó recurso de casación fundado, como único motivo, en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina sentada por esta sala respecto de la guarda y custodia compartida, sus requisitos y su carácter no excepcional, con infracción del artículo 92 del Código Civil, citando las sentencias 52/2015, de 16 de febrero; 449/2015, de 15 de julio; 465/2015, de 9 de septiembre; 571/2015, de 14 de octubre; 390/2105, de 26 de junio, y las de 18 de noviembre de 2014, 29 de noviembre de 2013 que citan aquéllas, 25 de abril de 2014 y 19 de julio de 2013.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 20 de julio de 2016 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, habiéndose opuesto a su estimación doña Benita , representada por el procurador don Carlos Plasencia Baltes, mientras que el Ministerio Fiscal apoyó el recurso.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 7 de diciembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Jose Pedro formuló demanda de divorcio, en fecha 5 de diciembre de 2013, frente a su esposa doña Benita que, en lo que afecta al presente recurso, solicitaba que la guarda y custodia de la menor Leocadia , nacida el NUM005 de 2011, se concediera a ambos progenitores de forma compartida y por períodos semanales, aludiendo al fortalecimiento del vínculo paterno-filial por estar normalizado el contacto de la menor con su padre en los periodos de fines de semana alternos -y dos tardes entre semana- sin incidencias de ningún tipo y dada la plena incorporación del padre a la vida personal y escolar de la niña.

Opuesta la esposa a ésta y a otras medidas solicitadas, el Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro dictó sentencia declarando la disolución del matrimonio por divorcio y atribuyendo a la madre la guarda y custodia de la hija menor. La sentencia -fundamento segundo- mantiene el régimen de custodia materna establecido por el auto de medidas provisionales previas, al entender que no existía ningún dato nuevo que aconsejara la atribución de la guarda y custodia compartida, estableciendo no obstante un nuevo régimen de visitas.

La sentencia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.ª), en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2015, estimó parcialmente el recurso y revocó en parte la sentencia aumentando las visitas a favor del padre. La Audiencia, tras analizar la doctrina de esta sala - sentencias de 25 de abril de 2014 y 29 de abril de 2013- argumenta que la separación de hecho se produjo cuando la madre abandonó el domicilio familiar - propiedad del padre- en San Martín de la Vega y trasladó su residencia a Boadilla del Monte, y si bien el recurrente interesó la guarda y custodia compartida anunciando su cambio de residencia a la localidad donde reside la menor, no ha procedido a tal cambio. Afirma también la sentencia impugnada que no se ha demostrado incidencia negativa alguna en la vida de la menor, y concluye que no existe razón en este momento para introducir cambios en su vida.

SEGUNDO.- Se formula recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina sentada por esta sala sobre la guarda y custodia compartida, los requisitos necesarios para su establecimiento y su carácter no excepcional, con infracción del artículo 92 del Código Civil, e inaplicación de los criterios jurisprudenciales que consagran el interés del menor como principio básico para la adopción del sistema de custodia compartida por ambos progenitores como medida normal y deseable para su protección (SSTS 52/2015, de 16 de febrero; 449/2015, de 15 de julio; 465/2015, de 9 de septiembre; 571/2015, de 14 de octubre; 390/2105, de 26 de junio, y las de 18 de noviembre de 2014, 29 de noviembre de 2013 que citan aquellas, 25 de abril de 2014 y 19 de julio de 2013).

El hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable. La propia parte recurrente afirma que se trata de «un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, habiéndose en los últimos años, con una enorme cercanía en el tiempo, de contenido práctico a ese principio mediante las resoluciones emanadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que son las que consideramos han sido desconocidas por la sentencia recurrida».



La Audiencia sí ha tenido en cuenta el interés de la menor como criterio prevalente a la hora de resolver, si bien no lo ha hecho en la forma en que lo entiende la parte recurrente. Difícilmente puede justificarse en tal caso que estemos ante un supuesto que presente interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, ya que tal doctrina impone la consideración de dicho interés, pero atendiendo al caso concreto. Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio.

TERCERO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 LEC, y la pérdida del depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Jose Pedro contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.ª) de 11 de diciembre de 2015, dictada en Rollo de Apelación n.º 426/2015, dimanante de proceso matrimonial n.º 923/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valdemoro. **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Condenar al recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso, con pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitido.

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

Así se acuerda y firma.