



Roj: **STS 3003/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3003**

Id Cendoj: **28079110012022100570**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2022**

Nº de Recurso: **135/2021**

Nº de Resolución: **556/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 1538/2020,**
ATS 13290/2021,
STS 3003/2022,
AATS 12617/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 556/2022

Fecha de sentencia: 11/07/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 135/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 135/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 556/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 532/2020, de 24 de septiembre, dictada en recurso de apelación 782/2019, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dimanante de autos de juicio de divorcio 432/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Puertollano; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Inocencio, representado en las instancias por la procuradora Dña. María Eulalia Colmenero Tosina, bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Yebenes Heras, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrida se persona Dña. Otilia, representada por el procurador D. Guillermo Rodríguez Petit, bajo la dirección letrada de Dña. María del Valle Molina Alañón y con la intervención como parte del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Dña. Otilia, representada por el procurador D. Guillermo Rodríguez Petit y bajo la dirección letrada de Dña. María del Valle Molina Alañón, interpuso demanda de juicio de divorcio, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Puertollano, incoándose juicio ordinario 432/2018; demanda interpuesta contra D. Inocencio, en la que alegando los hechos y fundamentos de derecho considerados aplicables, concluía suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Declarando haber lugar al divorcio con las siguientes medidas definitivas:

"1.- La disolución del matrimonio por divorcio, con revocación de todos los poderes que en su caso se tuvieran otorgados los cónyuges, quedando disuelta la sociedad de gananciales y pendiente de ulterior liquidación.

"2.- Se atribuya la guarda y custodia del hijo menor de edad, Mariano, a la madre, continuando ambos progenitores ejerciendo de forma conjunta la patria potestad.

"3.- Se establezca a favor del padre, D. Inocencio, un régimen de visitas con el menor y teniendo en cuenta que el padre, tiene fijado su domicilio en la localidad de DIRECCION000 (Madrid) de lunes a viernes y lo que imposibilita fijar en este momento un régimen de visitas intersemanal, ante ello, y a fin de suplir esa pérdida de las visitas intersemanales, se solicita que se compense con los periodos que el progenitor no custodio, Sr. Inocencio, tiene durante el descanso en su trabajo y en la comunidad en la que presta sus servicios, Madrid.

"Pues, ante ello, esta parte y a fin de compensar el no disfrutar de las visitas intersemanales, el padre podrá estar y disfrutar de su hijo, en dichos puentes y festivos de la Comunidad de Madrid y periodos de descanso fuera del periodo de vacaciones del menor, desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas que deberá entregar al menor en el domicilio familiar a la madre o persona autorizada por esta, y debiendo avisar de dichas fechas festivas o de descanso a la madre, al menos con quince días de antelación, y con ello quedaría salvaguardadas las relaciones paterno-filiales.

"Fines de semana alternos, que irán desde la llegada del padre a DIRECCION001 el viernes a las 20,00 horas del domingo, debiendo recoger y entregar al menor el padre o persona autorizada por este en el domicilio de este y de la madre (domicilio familiar).

"Mitad de las vacaciones escolares del menor, de verano, Semana Santa y Navidad, y en caso de no llegar a acuerdo los progenitores, se solicitan los siguientes periodos:

"Vacaciones de verano: En los meses de julio y agosto, se distribuirán en quincenas, no pudiendo coincidir la segunda quincena de julio con la primera de agosto; 1.ª quincena de julio desde las 20,00 horas del día 30 de junio a las 20,00 horas del día 15 de julio; 2.ª quincena de julio, desde las 20,00 horas del día 15 de julio a las 20,00 horas del día 31 de julio; 1.ª quincena de agosto, desde las 20,00 horas del día 31 de julio a las 20,00 horas del día 15 de agosto; 2.ª quincena de agosto, desde las 20,00 horas del día 15 de agosto a las 20,00 horas del día 31 de agosto.

"Y con un progenitor estará el menor desde la salida del colegio del menor del último día lectivo en junio hasta las 20,00 horas del día 30 de junio; y con otro estará desde las 20,00 horas del día 31 de agosto hasta el comienzo del curso en septiembre.

"En caso de desacuerdo para su disfrute el padre deberá elegir los años pares y la madre los impares.

"Vacaciones de Semana Santa: Se dividirán en dos mitades: la primera mitad irá desde las 20,00 horas del viernes (último día de colegio) al miércoles a las 20,00 horas; y la segunda mitad, irá desde las 20,00 horas

del miércoles hasta el último día de vacaciones (víspera de vuelta al colegio) a las 20,00 horas. Igualmente en caso de desacuerdo para su disfrute el padre deberá elegir los años pares y la madre los impares.

"Vacaciones de Navidad: se dividirá en dos mitades: la primera mitad se extiende desde la salida del colegio del último día lectivo al 31 de diciembre a las 20,00 horas; y la segunda mitad, irá desde las 20,00 horas del día 31 de diciembre a las 20,00 horas del último día no lectivo (víspera de vuelta al colegio). En caso de no acuerdo deberá elegir el padre los años pares y la madre los impares para su disfrute. No obstante, al progenitor que le corresponda el día de Reyes, permitirá al progenitor que no esté con el menor en ese momento, pasar con este tres horas y media y en caso de no acuerdo, sería desde las 13,30 a las 17,00 horas.

"Y por motivos laborales de la madre, en los años que le corresponda elegir al padre, este deberá notificar su periodo elegido en enero de cada año, debido a que la Sra. Otilia debe elegir sus 25 días de vacaciones antes del día 15 de enero de cada año.

"El menor podrá disfrutar y asistir a acontecimientos familiares de ambos progenitores (cumpleaños de abuelos, comuniones, bodas, bautizos), debiendo avisar al otro progenitor al menos con quince días antelación del acontecimiento.

"El menor siempre deberá ser recogido y entregado por el padre o madre o persona autorizada por estos en el domicilio del menor, DIRECCION001 , PASEO000 núm. NUM000 .

"Igualmente, los progenitores podrán diariamente comunicarse con el menor, por correo electrónico, teléfono fijo o móvil o por cualquier otro medio de comunicación, en caso de no acuerdo en la franja para ello podrán hacerlo entre las 18,30 a las 20,00 horas.

"4.- Pensión de alimentos.- El padre, D. Inocencio , deberá abonar mensualmente en concepto de pensión de alimentos a favor del hijo, Mariano , la cantidad de 250 euros mensuales, cantidad que deberá abonar mensualmente dentro de los cinco días primeros de cada mes, por medio de transferencia bancaria al núm. de cuenta y entidad que para tal efecto indique la madre. Dicha cantidad deberá tener efectos desde la interposición de la presente demanda. Y deberá ser actualizada en enero de cada año, conforme a los incrementos que experimente el IPC anual que se publique en el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que lo sustituya.

"5.- Los gastos extraordinarios del menor, Mariano , entendiéndose por tales los gastos médicos, y farmacéuticos no incluidos en la S. Social o seguro privado concertado por alguno de los progenitores (gafas, prótesis dentales, audífonos, etc), así como los gastos complementarios para su formación, como por ejemplo, salidas a estudiar en verano, campamentos de verano, libros de comienzo de curso, matrículas escolares y universitarias y estudios universitarios, deberán ser abonados por ambos progenitores al 50%, y actualmente gastos de aula matinal, fútbol, cuota AMPA y Música.

"6.- El domicilio familiar sito en DIRECCION001 , PASEO000 n.º NUM000 , deberá ser atribuido su uso y disfrute al menor y a la madre con la que queda bajo su guarda y custodia, junto con el ajuar, enseres y mobiliario en él existente.

"7.- Los dos préstamos hipotecarios que versan sobre la vivienda familiar y concertados con la entidad Unicaja Banco, deberán ser abonados por ambos cónyuges al 50% hasta su total cancelación o pago.

"8.- La plaza de garaje existente en DIRECCION001 , PASEO000 n.º NUM000 , Plaza núm. NUM001 , deberá ser atribuida su uso y disfrute a Dña. Otilia , así como el vehículo Skoda, matrículaNKG , ya que el esposo tiene retirado el carnet de conducir por la condena penal anteriormente señalada en el cuerpo de la presente demanda, y por tanto, es imposible su uso, y máxime cuando la esposa lo necesita para desplazar al menor al colegio y demás actividades extraescolares.

"9.- Con expresa condena en costas a la parte demandada, si se opusiera a la presente demanda".

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Inocencio , representado por la procuradora Dña. María Eulalia Colmenero Tosina y bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Yébenes Heras, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"En la que:

"1.º- Se decrete judicialmente la disolución del vínculo matrimonial, por divorcio, de quienes son parte en la presente litis, con todas las consecuencias accesorias, entre las que deben recogerse la revocación de los consentimientos y poderes que cualesquiera de los cónyuges hubieran otorgado a favor del otro, con cese de la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

"2.º- En relación a la guarda y custodia y visitas ordinarias del hijo menor de edad común (Mariano), se establezca:

"Petición principal: guarda compartida del menor Mariano , con estancias con la madre desde la salida del colegio del lunes hasta la entrega del colegio del viernes y, estancias con el padre desde la salida del colegio del viernes (recogida por el padre o una persona de su confianza) hasta la entrega del menor el lunes por la mañana en el aula matinal del centro escolar al que acude, pudiendo estar el menor un fin de semana completo, cada dos meses, en la compañía de su madre.

"Petición subsidiaria (para el improbable caso de que no se conceda la guarda y custodia compartida que interesamos): Se establezca guarda y custodia a favor de la actora (manteniéndose el mismo régimen semanal, de recogidas de colegio y comida, en los respectivos domicilios de los abuelos paternos y maternos) y que D. Inocencio pueda estar en la compañía de su hijo Mariano todos los fines de semana del mes, a excepción del primero (que estaría con la actora), desde que D. Inocencio llega a DIRECCION001 el viernes por la tarde y reintegrado al domicilio materno el domingo a las 20 horas y, dado que D. Inocencio no puede estar en la compañía de su hijo de forma intersemanal, que esos fines de semana de estancia con el padre, sean ampliables a los puentes -tanto de la Comunidad de Madrid como de C. La Mancha- coincidentes con las estancias del menor con el padre.

"En cualesquiera de los casos, los gastos de desplazamiento del padre para poder cumplir el régimen de visitas para con su hijo Mariano deberán ser costeados al 50% entre actora y demandado (habida cuenta del contenido de la STS de 26 de mayo de 2014).

"3.º- Se establezca que quienes son parte en la presente litis puedan disfrutar de la compañía de su hijo Mariano , por mitad, en los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa, semana blanca/carnaval y verano:

"Navidad: El período vacacional vendrá dividido en dos partes:

"1.º- Desde la salida del colegio del último día lectivo, hasta el día 31 de diciembre, después de la comida: 16 h. (pudiendo en este caso estar el menor con uno de sus progenitores la Nochebuena y la Navidad).

"2.º- Desde las 16 h. del día 31 de diciembre hasta después de la comida del día de Reyes (16 horas), pudiendo en este caso, el menor disfrutar de su otro progenitor las fiestas de fin de año, año nuevo y noche de Reyes.

"3.º- Especialidad día de Reyes: el progenitor que no esté con el menor en la segunda mitad de las vacaciones de Navidad, podrá tenerlo en su compañía, desde las 16 h. del día 6 de enero y hasta las 21 horas de ese mismo día, a los fines de que se puedan entregar los regalos de Reyes tanto por dicho progenitor, como por su respectiva familia.

"Semana Santa: El presente período vacacional se dividirá también en dos partes:

"1.º- Desde la salida del colegio del último día lectivo hasta la mañana del Jueves Santo (10 h).

"2.º- Desde las 10 h. del Jueves Santo hasta las 20 horas del día anterior al comienzo de las clases.

"Verano: El menor estará en la compañía de sus padres, en estancias alternas, durante los siguientes períodos:

"Desde la salida del colegio el día de la finalización del año escolar hasta las 10 horas del día 1 de julio.

"Desde las 10 horas del día 1 de julio hasta las 16 horas del día 16 de julio.

"Desde las 16 horas del día 16 de julio hasta las 10 horas del día 1 de agosto.

"Desde las 10 horas del día 1 de agosto hasta las 16 horas del día 16 de agosto.

"Desde las 16 horas del día 16 de agosto hasta las 10 horas del día 1 de septiembre.

"Desde las 10 horas del día 1 de septiembre hasta las 21 horas del día anterior al inicio de las clases.

"En cualquier caso, el disfrute de los períodos vacacionales tiene que venir dado por el consenso de los dos progenitores y, en caso de desacuerdo, elegirá el padre en los años pares y la madre en los impares.

"4.º- Régimen de comunicaciones entre el menor Mariano y el progenitor no custodio. Debe establecerse que, el progenitor que, como consecuencia del régimen de guarda y estancias que se establezca no se encuentre en la compañía de su hijo, podrá comunicarse con el mismo, diariamente, de forma telefónica, en una horquilla horaria que esta parte fija entre las 20.30 y las 21.30 horas.

"5.º- El menor Mariano podrá participar en los eventos familiares (maternos y paternos) correspondientes a las bodas, bautizos y comuniones.

"6.º- En materia de alimentos del menor Mariano debe establecerse:

"Petición principal (acorde con la correlativa de guarda y custodia compartida). La sentencia que se dicte debe recoger que, no debe establecerse pensión alimenticia de clase alguna a favor del menor, asumiendo los progenitores a quienes se refiere la presente litis, la alimentación del menor durante las respectivas estancias con ellos y, fijando la colaboración de ambos con 100 euros mensuales que, se ingresarán en una cuenta abierta al efecto, siendo el saldo de esta cuenta el que permitirá hacer frente a los gastos del referido menor (excepto alimentación).

"Petición subsidiaria (igualmente acorde con la correlativa de guarda y custodia a favor de la madre). La sentencia que se dicte debe recoger que el Sr. Inocencio abone la cantidad de 100 euros mensuales como pensión alimenticia de su hijo (atendiendo a los ingresos y gastos que tiene el Sr. Inocencio y las necesidades que tiene el menor), no imponiéndose el pago de esta pensión desde la fecha de la interposición de la demanda, supuesto el menor desde marzo de 2018 está recibiendo alimentos de su padre.

"7.º- Gastos extraordinarios del menor Mariano : Deben ser considerados gastos de tal clase, los de naturaleza médica y académica que tengan al carácter de imprevisible y siendo abonados los mismos a razón de 60% la Sra. Otilia y 40% el Sr. Inocencio y, en todo caso, para la realización del gasto, salvo que sea de urgencia, se debe consensuar entre los dos progenitores.

"8.º- Debe establecerse a favor del Sr. Inocencio una pensión compensatoria en cuantía de 200 euros mensuales, y con cargo a la Sra. Otilia , en la consideración de que el divorcio generará en D. Inocencio un claro desequilibrio económico.

"9.º- Debe establecerse que, el domicilio familiar y el ajuar doméstico -hasta la liquidación de la sociedad de gananciales- debe venir concedido al menor Mariano , y al progenitor con el que el mismo se encuentre.

"10.º- La sentencia que se dicte debe declarar que, el único préstamo ganancial habido en el presente matrimonio es el préstamo hipotecario que se concertó en estado de casados (préstamo número NUM002 de la entidad Unicaja), debiendo ser abonado el mismo al 50% por quienes son parte en la presente litis.

"11.º- Debe concederse el uso de una de las plazas de aparcamiento de las que es titular la presente sociedad de gananciales, así como el vehículo SkodaNKG a la Sra. Otilia y, la otra plaza de garaje debe concederse el uso al Sr. Inocencio .

"12.º- Debe venir obligada la Sra. Otilia a dar debida y cumplida cuenta de los ingresos y gastos de las cuentas gananciales, respecto de las que se niega hasta la consulta al Sr. Inocencio .

"13.º- Una vez se dicte la presente sentencia de divorcio debe decretarse la disolución de la sociedad de gananciales, dejando la liquidación de la misma para un momento posterior.

"14.º- En materia de costas, por imperativo del art. 394 LEC, deben imponerse a la parte actora".

3.- Emplazado el fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda, suplicando se dictara sentencia conforme al resultado de las pruebas que se practiquen.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Puertollano se dictó sentencia, con fecha 12 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Otilia frente a Inocencio , y en consecuencia, decretar la disolución del matrimonio formado por los referidos cónyuges por causa de divorcio, con todos los efectos legales que esta declaración conlleva y adoptando las siguientes medidas que deben regular las consecuencias del divorcio:

"1.- El establecimiento de patria potestad compartida entre ambos progenitores, con respecto al único hijo del matrimonio.

"2.- La guarda y custodia del menor, Mariano , se atribuye a la madre, Dña. Otilia .

"3.- En cuanto al régimen de visitas, el padre, D. Inocencio , podrá estar en compañía del menor los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas, así como dos días intersemanales, la tarde de los martes y los jueves desde las 17:30 a las 19:30 horas, respetando las actividades extraescolares del menor. En caso de festividad o día no lectivo inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, se unirá al mismo siendo disfrutado por el progenitor que le corresponda en cada momento. Las entregas y recogidas se realizarán en el domicilio del menor.

- "De igual forma en caso de eventos o fiestas familiares, el menor asistirá a los mismos, siempre que el progenitor que tenga el evento avise al otro con al menos una semana de antelación.
- "En defecto de acuerdo en otro sentido, siempre que ello sea posible por las obligaciones laborales de los progenitores, los cumpleaños del menor pasará con el progenitor con el que no esté al menos tres horas de la tarde. Además, e igualmente en defecto de acuerdo y en caso de que sea posible, pasará con su padre el día del padre y el cumpleaños de éste, y con su madre el día de la madre y el cumpleaños de ésta.
- "En los períodos de vacaciones, en defecto de acuerdo entre las partes, se seguirán las siguientes reglas.
- "-Vacaciones de verano: en los meses de julio y agosto, se distribuirán por quincenas, alternas, comenzando cada quincena desde las 20:00 horas del día anterior a las 20:00 del día de su finalización. El menor estará en compañía de un progenitor desde la salida del colegio del último día lectivo en junio hasta las 20:00 horas del día 30 de junio y con otro permanecerá desde las 20:00 horas del día 31 de agosto hasta el comienzo del curso en septiembre.
- "En caso de desacuerdo el padre deberá elegir los años pares y la madre los impares.
- "-Vacaciones de Semana Santa: se dividirán en dos mitades, desde las 20:00 horas del viernes (último día de colegio) al miércoles a las 20:00 horas; y la segunda mitad, irá desde las 20:00 horas del miércoles hasta el último día de vacaciones (víspera de vuelta del colegio) a las 20:00 horas. En caso de desacuerdo el padre elegirá los años pares y la madre los impares.
- "-Vacaciones de Navidad, se dividirán igualmente en dos mitades, la primera mitad se extiende desde la salida del colegio del último día lectivo al 31 de diciembre a las 20:00 horas del último día no lectivo (víspera de vuelta al colegio). En caso de desacuerdo elegirá el padre los años pares y la madre los impares.
- "Al progenitor que le corresponda el día de Reyes, permitirá al progenitor que no esté con el menor en ese momento, pasar con éste tres horas y media y en caso de no acuerdo, sería desde las 13:30 a las 17:00 horas.
- "En el caso de que sea posible el padre deberá comunicar a la madre los períodos de vacaciones que elija el año que le corresponda antes del 15 de enero de cada año, al estar obligada la madre a elegir las vacaciones antes de dicha fecha por exigencias de su empresa.
- "Las entregas y recogidas del menor se llevarán a cabo en el domicilio del menor sito en el PASEO000 núm. NUM000 , y deberán ser realizadas por el padre, la madre o persona autorizada por estos.
- "Los progenitores podrán comunicarse diariamente con el menor, por correo electrónico, teléfono fijo o móvil o por cualquier otro medio de comunicación, en caso de desacuerdo en la franja horaria para ellos, entre las 18:30 a las 20:00 horas, siempre que no entorpezca las actividades escolares o extraescolares de éste.
- "En el caso de que el padre tenga que marcharse de nuevo a Madrid a trabajar se estima adecuado continuar con el régimen de visitas que fue acordado en el auto de medidas provisionales de fecha 28 de mayo de 2018.
- "4.- El uso y disfrute del domicilio y ajuar familiares se atribuye a la menor y al progenitor en cuya compañía queda, esto es a la madre, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.
- "5.- Pensión de alimentos, D. Inocencio abonará en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo menor la cantidad de 180 euros mensuales, a pagar dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto señale la madre y siendo actualizable, con fecha de 1 de enero de cada año, conforme a la variación experimentada por el índice de precios al consumo u organismo que lo sustituya.
- "Dicha pensión desplegará sus efectos desde la fecha de interposición de la demanda. Deben compensarse en su caso las cantidades que, desde ese momento, D. Inocencio haya aportado para el sostenimiento de su hijo Mariano .
- "En cuanto a los gastos extraordinarios, serán abonados por mitad entre ambos progenitores conforme al régimen previsto en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.
- "6.- Se atribuye el uso y disfrute del vehículo marca Skoda, matrículaNKG a Dña. Otilia .
- "7.- Se atribuye el uso y disfrute de cada una de las plazas de garaje que ambos tienen en propiedad en el PASEO000 núm. NUM000 , una a cada una de las partes.
- "8.- Ambas partes abonarán al 50% los dos préstamos hipotecarios de la vivienda familiar concertados con la entidad Unicaja Banco.
- "Todo ello hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

"No procede realizar especial pronunciamiento sobre las costas procesales, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de ambas partes, demandante y demandado.

2.- El recurso de apelación correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, recurso de apelación 782/2019, donde se dictó sentencia 532/2020, de 24 de septiembre, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Inocencio y se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Otilia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Puertollano, en autos de divorcio 432/18, de fecha doce de abril de 2019, y, en consecuencia se deja sin efecto la previsión de medidas con rehabilitación del auto de medidas provisionales, para el supuesto que el padre vuelva a trabajar en Madrid. Sin efectuar especial declaración sobre las costas de ambos recursos".

TERCERO.- *Interposición y sustanciación del recurso de casación ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.*

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

Primer motivo.- Al amparo de lo previsto en el art 477.2.3.º de la LEC se denuncia la infracción, por aplicación indebida/incorrecta de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil, del art 3.1 de la Convención de Derechos del Niño y del art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, así como de la doctrina de la Sala sobre la prevalencia del interés del menor en la determinación de la guarda compartida, habida cuenta de que los razonamientos contenidos en la sentencia que es objeto de recurso lo único que hace es entronizar la rutina o adaptación como causa para no conceder la custodia compartida y no hace una correcta valoración de cuál es el interés del menor, infringiéndose con ello lo establecido en SSTS 182/2018, de 4 de abril, 368/2014, de 2 de julio, 658/2015, de 17 de noviembre, 526/2016, de 12 de septiembre, y sobre todo el contenido de la STS 257/2013.

Segundo motivo. - Íntimamente relacionado con el motivo anterior, con fundamento en la misma causa recogida en el art. 477.2.3.º LEC, invocamos la infracción del art. 92.5, 6 y 7 del CC, por el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida, siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. La sentencia recurrida, pese a reconocer de forma expresa que no se revela ninguna circunstancia desfavorable para otorgar una guarda y custodia compartida, no la concede, sin ni tan siquiera analizar la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a otorgarla a la madre, al indicar que el interés del menor coincide con el del mantenimiento de la custodia materna y, añade "con un amplio régimen de visitas a favor del padre" (y este último dato también se pone en entredicho por el recurrente). Vulneración del art. 92.6 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, no constando causa que desaconseje el sistema de custodia compartida, procedería establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil. En contra de ello la doctrina del Tribunal Supremo, invocando SSTS 630/ 2018, de 13 de noviembre, rec. 898/2018; 172/2016, de 17 de marzo, rec. 1136/2015; 571/2015, de 14 de octubre, rec. 772/2014; 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011; todas ellas relativas a los requisitos de la guarda y custodia compartida.

Tercer motivo.- Corolario de los anteriores: violación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incorrecta interpretación de los artículos 92.5, 92.6, 92.7 y 92.8 del Código Civil, e infracción del artículo 3.1 y 9.1 de la Convención de Derechos del Niño, y del artículo 3.1 de la LO 1/96, de 15 de enero, LO 8/2015 de 22 de julio, por cuanto la sentencia no prima en su decisión los derechos del niño, conforme al que debe interpretarse el art. 92, vulnerándose la doctrina según la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: sentencias 194/2016, de 29 de marzo; 257/2013, de 29 de abril; 29/11/2013; 17/12/2013; 02/07/2014; 16/2/2015 y 19/02/2016.

2.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, comparecieron las partes reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia y practicadas las diligencias necesarias para la sustanciación del recurso, por auto, de fecha 13 de octubre de 2021, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Guillermo Rodríguez Petit, en nombre y representación de Dña. Otilia, presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el fiscal en sus alegaciones manifiesta que apoya el recurso de casación e interesa la estimación del recurso, con las consecuencias legales que de ello se deriven.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de junio de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

1.- El presente recurso trae causa de la demanda de divorcio promovida por la esposa en la que, además de la disolución del vínculo, se interesaba la adopción de medidas respecto del hijo menor en común (Mariano , nacido el NUM003 de 2012).

2.- La sentencia de primera instancia otorgó la custodia del menor a la madre (así, como el establecimiento de una pensión alimenticia por importe de 180 euros mensuales con cargo al padre, otorgando el uso de la vivienda familiar al menor y a su progenitora custodia), al considerar que, pese a la idoneidad de ambos progenitores, la temporalidad del trabajo del padre en DIRECCION001 con un contrato de 6 meses, tras haber pedido su excedencia en su trabajo fijo en un banco en Madrid, pone en duda la disponibilidad del padre transcurrido ese plazo, pese a residir los abuelos paternos en la misma localidad. De forma que, si el padre no fuera renovado en el contrato de trabajo en DIRECCION001 , tendría que regresar a Madrid y volver a su situación anterior, esto es, poder ir a DIRECCION001 solamente los fines de semana.

3.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por el padre demandado, la sentencia de la sala de apelación desestimó el recurso, confirmando la sentencia de primera instancia.

Considera la Audiencia Provincial que pese a que el padre cuente ya con un contrato indefinido y no temporal en DIRECCION001 , concurren otras circunstancias que abocan al mantenimiento de lo acordado en la sentencia impugnada, por cuanto el entorno del menor ha venido desarrollándose con el parámetro constante de la custodia materna, sin que se revele ninguna circunstancia desfavorable, por lo que lo más favorable al interés del menor es mantener la guarda y custodia materna con un amplio régimen de visitas a favor del padre. Y que el cambio postulado, manteniendo el padre su excedencia en su anterior trabajo en Madrid, supondría trastocar el régimen en el que se desarrolló el menor hasta la fecha.

4.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por el padre demandado recurso de casación fundado en tres motivos: el primero, por infracción de los arts. 92.5, 6 y 7 CC, 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 2 LO 1/1996, pues la sentencia impugnada, en contra de la doctrina de la sala, entronizaría la rutina o adaptación como causa para no conceder la guarda y custodia compartida y no realizaría una correcta valoración del interés del menor; el segundo, por infracción de los arts. 92.5, 6 y 7 CC, por cuanto la sentencia impugnada no entraría a valorar la necesidad o no de una guarda y custodia compartida, y no se refiere al concreto interés del menor, al concurrir en el caso todos los requisitos para acordar la guarda y custodia compartida; y el tercero, por infracción de los arts. 92.5, 6, 7 y 8 CC, 3.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 3.1 LO 1/1996, por cuanto la sentencia impugnada no haría prevalecer los intereses del menor, pues no adopta la guarda y custodia compartida pese a concurrir en el supuesto de autos todos los requisitos para su adopción.

SEGUNDO.- *Motivación del recurso de casación expuesta en tres motivos.*

1.- Primer motivo.- Al amparo de lo previsto en el art 477.2.3.º de la LEC se denuncia la infracción, por aplicación indebida/incorrecta de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil, del art 3.1 de la Convención de Derechos del Niño y del art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, así como de la doctrina de la Sala sobre la prevalencia del interés del menor en la determinación de la guarda compartida, habida cuenta de que los razonamientos contenidos en la sentencia que es objeto de recurso lo único que hace es entronizar la rutina o adaptación como causa para no conceder la custodia compartida y no hace una correcta valoración de cuál es el interés del menor, infringiéndose con ello lo establecido en SSTs 182/2018, de 4 de abril, 368/2014, de 2 de julio, 658/2015, de 17 de noviembre, 526/2016, de 12 de septiembre, y sobre todo el contenido de la STS 257/2013.

2.- Segundo motivo. - Íntimamente relacionado con el motivo anterior, con fundamento en la misma causa recogida en el art. 477.2.3.º LEC, invocamos la infracción del art. 92.5, 6 y 7 del CC, por el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida, siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. La sentencia recurrida, pese a reconocer de forma expresa que no se revela ninguna circunstancia desfavorable para otorgar una guarda y custodia compartida, no la concede, sin ni tan siquiera analizar la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a otorgarla a la madre, al indicar que el interés del menor coincide con el del mantenimiento de la custodia materna y, añade "con un amplio régimen de visitas a favor

del padre" (y este último dato también se pone en entredicho por el recurrente). Vulneración del art. 92.6 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, no constando causa que desaconseje el sistema de custodia compartida, procedería establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil. En contra de ello la doctrina del Tribunal Supremo, invocando SSTS 630/ 2018, de 13 de noviembre, rec. 898/2018; 172/2016, de 17 de marzo, rec. 1136/2015; 571/2015, de 14 de octubre, rec. 772/2014; 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011; todas ellas relativas a los requisitos de la guarda y custodia compartida.

3.- Tercer motivo.- Corolario de los anteriores: violación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incorrecta interpretación de los artículos 92.5, 92.6, 92.7 y 92.8 del Código Civil, e infracción del artículo 3.1 y 9.1 de la Convención de Derechos del Niño, y del artículo 3.1 de la LO 1/96, de 15 de enero, LO 8/2015 de 22 de julio, por cuanto la sentencia no prima en su decisión los derechos del niño, conforme al que debe interpretarse el art. 92, vulnerándose la doctrina según la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: sentencias 194/2016, de 29 de marzo; 257/2013, de 29 de abril; 29/11/2013; 17/12/2013; 02/07/2014; 16/2/2015 y 19/02/2016.

TERCERO.- Decisión de la sala. Custodia compartida.

Se estiman los motivos, analizados conjuntamente.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

"La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

"Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

"El régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

"Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

"Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

"a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

"b) Se evita el sentimiento de pérdida.

"e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

"d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia".

Aplicada la doctrina jurisprudencial al supuesto de autos debemos declarar:

1.- Ambos progenitores cuentan con trabajo compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor.

2.- Ambos cuentan con apoyo familiar.

3.- En la sentencia recurrida se les reconoce idoneidad a ambos.

4.- Al trasladar el padre su trabajo de Madrid a DIRECCION001 , con contrato indefinido, ha efectuado un notable esfuerzo para acercarse a la residencia de la menor, a una distancia más que asumible.

Por lo expuesto no se halla razón alguna para denegar el sistema de custodia compartida, no pudiendo considerar una justificación razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues ello sería tanto como **petrificar** las relaciones familiares (sentencia 404/2022, de 18 de mayo), por lo cual se estiman los motivos del recurso.

CUARTO.- 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 esté 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.

QUINTO.- Asumiendo la instancia, debemos declarar que:

1.- Se mantiene lo declarado sobre los préstamos concertados, al no haberse recurrido el pronunciamiento.

2.- Se mantiene el pronunciamiento sobre gastos extraordinarios, al no haberse recurrido.

3.- Se mantiene el pronunciamiento sobre alimentos, dado que no se solicitaron en la contestación a la demanda. No cabe fijar otra cantidad referente a vestido o gastos colegiales, al estar incluidos en el concepto alimentos (art. 142 C. Civil).

4.- La madre e hijo continuarán en la vivienda familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia, tras el cual abandonarán la vivienda y los bienes inmuebles se someterán al proceso de liquidación.

5.- En cuanto a demás precisiones, se estará a lo que se acuerde en ejecución de sentencia.

SEXTO. *Costas y depósito.*

No procede imposición de las costas del recurso de casación (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la devolución al recurrente del depósito constituido para la casación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Inocencio , contra sentencia 532/2020, de 24 de septiembre, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (apelación 782/2019).

2.º- Se acuerda el sistema de custodia compartida.

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

4.º- 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.



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

6.º- 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 esté conviviendo.

7.º- 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.

8.º- La madre e hijo continuarán en la vivienda familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia, tras el cual abandonarán la vivienda y los bienes inmuebles se someterán al proceso de liquidación.

9.º- Se mantiene la resolución recurrida en los demás términos.

10.º- En cuanto a demás precisiones, se estará a lo que se acuerde en ejecución de sentencia.

11.º- No procede imposición de las costas del recurso de casación y devuélvase al recurrente el depósito constituido para el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.