



Roj: STS 4442/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4442
Id Cendoj: 28079110012015100575
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1768/2014
Nº de Resolución: 585/2015
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación, núm. 302/2014, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, como consecuencia de autos de juicio verbal, por divorcio, núm. 1622/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Jaén, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Lourdes Romero Martín, en nombre y representación de don Luis Pablo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Cristina Palma Martínez en calidad de recurrente, la procuradora doña Ana Leal Labrador, en nombre y representación de doña Serafina, en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Antonio Cobo Simón, en nombre y representación de doña Serafina interpuso demanda de divorcio, contra don Luis Pablo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que se acuerden las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

A) El divorcio de los cónyuges, así como la revocación de los consentimientos y poderes, cesando además la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

B) Que se otorgue a la madre la guarda y **custodia** de los menores, siendo compartida la patria potestad.

C) Que el padre pueda seguir con el uso y disfrute de la vivienda que fue hogar conyugal, pudiendo retirar de esta la Sra. Serafina todos los bienes y enseres propios que aun permanezcan en ella.

Los esposos podrán cambiar de domicilio si ese es su deseo con la única particularidad de informar al otro de dicho cambio en virtud de las permanencias y visitas de los hijos con el progenitor no custodio.

D) El progenitor no custodio tendrá derecho a tener en su compañía a los hijos menores:

1) Días entre semana: El padre podrá gozar de la compañía de sus hijos todos los días desde la salida de guardería y colegio hasta las 18 horas, debiendo este recogerlos a la salida de los centros citados, y reintegrarlos según lo acordado entre ambos progenitores y subsidiariamente en el domicilio materno.

2) Fines de semana: Alternos, comenzando el viernes a la salida de guardería y colegio y hasta el domingo a las 20 horas, que deberá reintegrarlos al domicilio materno.

3) Vacaciones: Se dividirá el total de las vacaciones en dos períodos iguales debiendo permanecer los menores cada mitad con un progenitor.

SEMANA SANTA. Desde el Viernes de Dolores a la salida de la guardería o colegio, hasta el Miércoles Santo a las 15 horas, y desde esas hasta el Domingo de Resurrección a las 20:00 horas, disfrutando el padre la primera parte de las vacaciones y la madre la segunda parte.

VERANO. Desde el final del curso hasta el 30 de junio estarán los menores con el padre. Desde el 1 de septiembre hasta el inicio del curso con la madre. Meses de julio y agosto, quincenas alternativas para cada progenitor, eligiendo el período en los años pares el padre y la madre en los años impares.

NAVIDAD. Los niños permanecerán con el padre desde la salida de clase el día que se inicien las vacaciones, hasta el día 30 de diciembre a las 20 horas, y desde ese día hasta el inicio del curso escolar con la madre, pudiendo pasar la fiesta de Reyes (6 de enero) con el padre, de 13 a 20 horas, si este fuera su deseo, debiendo recoger y reintegrar a los menores en el domicilio materno.

4) Derecho de comunicación: Cada progenitor tendrá en todo momento derecho a la comunicación telefónica con sus hijos cuando estos se encuentren en compañía del otro progenitor.

E) Pensión alimenticia, dadas las posiciones bancarias del Sr. Luis Pablo y hasta tanto realice cualquier trabajo, actividad laboral, comercial, etc, que entonces entraran en aplicación las tablas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, interesamos que se fije por ahora la de 200.- euros mensuales, a razón de 100.- euros por cada hijo, que se abonara por anticipado dentro de los 5 primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la Sra. Serafina , para ello y que sufrirá la subida anual de acuerdo con el IPC que marque el INE.

F) Los gastos extraordinarios relativos a educación (guardería, colegio concertado, libros, matriculas, uniformes, excursiones escolares, academias, matriculas universitarias, colegios mayores, etc, etc), y a sanidad (médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, etc que no estén cubiertos por la seguridad social), serán soportados por mi mandante hasta que el Sr. Luis Pablo consiga un puesto de trabajo, actividad laboral, económica, mercantil, momento en que abonará el 50 % de ellos.

G) Se impongan al demandado las costas procesales si se opusiere a las pretensiones de mi mandante».

2.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables interesando tener por evacuado el traslado de contestación a la demanda y manifestando que «dictaminará en el momento procesal oportuno respecto a las medidas que deban adoptarse y afecten a los hijos menores o incapacitados».

3.- La procuradora doña Lourdes Romero Martín, en nombre y representación de don Luis Pablo , 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 por la que «declare el divorcio del matrimonio formado por D. Luis Pablo y D.ª Serafina , señalando como definitivas las medidas que solicitamos en este escrito, decretando igualmente no haber lugar a pensión compensatoria alguna para ninguna de las partes intervinientes; tenga por hechas las reservas de archivos a sus efectos oportunos; pues así procede de hacer en Justicia».

Y respecto a las medidas definitivas que solicita especifica:

«MEDIDAS PROVISIONALES PARA ELEVAR A DEFINITIVAS.

PATRIA POTESTAD COMPARTIDA.

La patria potestad sobre los hijos del matrimonio Guillermo y Gracia seguirá atribuida y será ejercida como hasta ahora, conjuntamente por ambos progenitores, compartiendo asimismo ambos su guarda y **custodia** y las responsabilidades parentales con arreglo a ley y a las normas que se establecen en los apartados siguientes.

Como consecuencia del carácter conjunto de la patria potestad, será necesario el consentimiento de ambos progenitores para adoptar y ejecutar las decisiones más trascendentes afectas sobre la residencia (cambio de la misma por traslados), salud y educación de los menores.

En particular deberán ser acordadas previamente a ser adoptadas, sin que puedan ejecutarse unilateralmente por ninguno de los dos progenitores, todas las decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia de los menores y a cualquier traslado posterior, incluso dentro de la misma población; desplazamientos fuera de España, incluso por razón de vacaciones o estudios; el cambio del centro escolar respecto al que acuden en el momento de esta solicitud, o la elección del que corresponda en cada cambio de ciclo educativo; actividades extraescolares permanentes de carácter lúdico o didáctico; práctica o confesión religiosa; tratamientos médicos distintos de las revisiones rutinarias o de urgencia inaplazable, especialmente los de naturaleza quirúrgica; tratamientos y terapias psiquiátricos o psicológicos, etc.

Cualquiera de las decisiones relativas a los aspectos anteriores deberá ser notificada de manera clara por el progenitor que pretenda adoptarlas, al otro, antes de comenzar su ejecución, por cualquier medio que deje constancia fehaciente del contenido y de la recepción, al efecto de recabar el necesario consentimiento complementario del otro progenitor. A todos los efectos legales se entenderá prestado dicho consentimiento para el concreto acto notificado si el destinatario no contesta mostrando su oposición dentro de los tres días naturales siguientes a la efectiva recepción de la notificación. En caso de discrepancia, los dos progenitores se obligan y someten al auxilio e intervención judicial.

Las cuestiones puramente cotidianas o rutinarias del menor distintas de las enunciadas, como alimentación, vestido, higiene, trasportes, horarios, participaciones en actos esporádicos de carácter escolar, festivo, social, etc, serán decididas por el progenitor que tenga consigo a los menores de conformidad con el régimen de convivencias que se establece en este documento, procurando cada uno de ellos no modificar unilateralmente costumbres asumidas por el menor en su vida anterior a la ruptura de la convivencia.

Para el supuesto de accidente que provoque a cualquiera de los progenitores incapacidad, enfermedad grave, hospitalización o internamiento, desplazamiento geográfico prolongado o cualquier otra circunstancia que le impidiera el ejercicio normal de la guarda y **custodia** durante el bimestre, y hasta tanto se modifica legalmente el régimen de **custodia**, ésta recaerá necesariamente en el otro progenitor y no en cualquier otra persona distinta ni siquiera del entorno doméstico o familiar habitual del progenitor transitoriamente inhábil o ausente. Para tal eventualidad, cada uno de los dos progenitores queda expresamente autorizado por el otro en virtud de este documento para hacerse cargo del menor directamente, recogiéndolo personalmente en donde se encontrara, sin necesidad de entrega o trámite alguno por parte de terceros.

GUARDA Y **CUSTODIA** COMPARTIDA.

La guarda y **custodia** será compartida por ambos progenitores por períodos bimestrales, comenzado cada uno a las 20 h del último día del bimestre, siempre y cuando no coincida en un fin de semana que corresponda al progenitor que esté conviviendo con ellos, en cuyo caso se aplazará hasta las 20 h del domingo de dicho fin de semana.

El progenitor al que corresponda convivir con los menores en cada período bimestral deberá recogerlos en el domicilio del otro progenitor con el que hubiesen estado residiendo el bimestre anterior. Para el supuesto de que los progenitores acuerden que los menores sean recogidos a la salida del colegio, con independencia de que para tal circunstancia deban ir provistos los menores de sus enseres personales (ropas y mudas, libros etc), si el niño/a se pusiere enfermo en el colegio durante la mañana del último día del bimestre, es el progenitor que ha ejercido la guarda durante ese bimestre, quien tiene que ir a recogerlo y llevarlo a su casa, de la que los recogerá el otro (en este caso se deberá avisar del cambio sufrido con antelación a la hora de entrega).

Una enfermedad leve no debe ser motivo para modificar el turno bimestral, salvo mejor criterio médico. Para el supuesto de tener que interrumpir un régimen de **custodia** por razones médicas, deberá aportarse por el progenitor con el que estén los hijos a su cargo, certificado o informe médico al respecto, que prescriba el no traslado de los menores con el otro progenitor por cuestiones de salud.

Las recogidas y reintegros de los menores, podrán ser delegadas en terceras personas designadas por el progenitor respectivamente conviviente, previa comunicación expresa al otro progenitor.

Durante los días entre semana, de lunes a viernes, y con la finalidad de que los menores mantengan un contacto diario con ambos progenitores, se establece que el progenitor que no tenga consigo a sus hijos durante la noche (pernocta), pase todas las tardes con ellos (del período bimestral que no pernocten con él), actuando del siguiente modo (salvo en períodos vacacionales si no hay acuerdo entre los progenitores): El progenitor que le corresponda pasar la tarde con los menores, los recogerá en la guardería o en el colegio (según corresponda) a la hora de salida de los centros educativos, correspondiéndole dar la comida del medio día, así como pasar la tarde con ellos hasta las 19 h, dándoles igualmente de merendar y hacer los deberes con los menores.

A partir de dicha hora pasarán a estar con el progenitor al que corresponda el régimen de guarda y **custodia** bimestral para pernoctar con él/ella, debiendo ser reintegrados al domicilio de dicho progenitor a instancias del que ha pasado la tarde con ellos. A partir de aquí será el padre o madre que pernocte con ellos el que se encargará de las ocupaciones propias de dicho horario, tales como bañarlos, darles de cenar y acostarlos, entre otras. Al día siguiente les dará de desayunar y los llevará al colegio y a la guardería a la hora de apertura de los centros. Esta es la base de la rutina diaria, si bien luego se podrán hacer reajustes en

función de las circunstancias laborales de cada uno de los padres, haciendo uso si fuere menester del aula matinal o comedor, o lo que se estime oportuno, siempre previo acuerdo de ambos progenitores.

La convivencia con los menores los fines de semana se realizará de manera alterna entre los dos progenitores, con independencia del período bimestral en el que se encuentren. Para llevarla a cabo, si el fin de semana le corresponde al progenitor que pasa las tardes con ellos, éste los recogerá el viernes a la salida de los centros, como es habitual entre semana, y los reintegrará a las 20 h del domingo en el domicilio del progenitor que le corresponde el período bimestral de convivencia. Para el caso contrario (si el fin de semana le toca al padre que le corresponde el período bimestral) sencillamente nos atenderemos a las rutinas ya establecidas.

En los puentes o fines de semana largos corresponderá la convivencia con los menores la totalidad de los días del puente al progenitor al que le correspondería el fin de semana al que se encadenen las fiestas anteriores o posteriores.

Por tanto, si la fiesta encadenada es un jueves, con viernes "de puente" el cambio de turno se efectuará el miércoles anterior; si la fiesta encadenada es un martes, con lunes de puente, el cambio de turno se efectuará el viernes anterior, sin reparto en ningún caso de las fiestas incluidas en el puente.

Todo ello en los horarios, designados ya en este escrito, que se emplean para los fines de semana. Y siempre predominando cualquier otro tipo de acuerdo común entre los padres para el disfrute de los puentes con sus hijos.

Igualmente y sin perjuicio de lo anterior, el progenitor que no esté conviviendo con los menores en cada turno o no los tenga consigo en esos momentos (sobre todo en períodos vacacionales), podrá comunicar con ellos por teléfono (se les puede limitar el acceso a internet o el uso de los móviles o smartphones, pero no impedir que los usen para hablar con el otro progenitor, todo ello dependiendo de la edad de los mismos y de la situación personal de cada uno) mensajería electrónica o vídeo conferencia, como mínimo una vez al día, con horario y duración que no perturbe las rutinas cotidianas del menor, debiendo el progenitor conviviente facilitar los medios necesarios para dicha comunicación, con arreglo a los usos de la familia.

Los progenitores habrán de informarse mutuamente con antelación razonable, del destino, dirección concreta de estancia y número de teléfono de localización, en los supuestos de viajes dentro del territorio nacional, así como del estado de salud y tratamientos incluso en los casos de enfermedad leve (con ello se trata de poder programar las visitas de revisión al ambulatorio y conseguir los medicamentos a través del sistema público de salud, si es el caso. Cualquiera que sea al progenitor que primero los haya llevado al médico, es importante para que ninguno de los dos pueda impugnar el sistema de **custodia** compartida, que las atenciones sanitarias de los hijos hayan sido coparticipadas, conservando cada uno al menos fotocopia de los justificantes de las citas, los informes médicos, las recetas, el calendario de vacunaciones, etc).

Los objetivos que se pretenden con esta disposición de guarda y **custodia** compartida son:

- Que el contacto de los menores con sus padres sea diario (con las tardes con un padre y la pernocta con el otro, y los fines de semana alternos).
- Que éstos pasen el mismo tiempo con un padre y con otro (días lectivos, fines de semana y vacaciones se distribuyen por igual).
- Que puedan compartir con ambos padres cualquier tipo de actividad o rutina propia de sus vidas: comer, dormir, jugar, hacer los deberes, ... (al ir alternando períodos de convivencia, podrán realizar las actividades propias de las tardes y de la noche con uno y otro padre).
- Garantizar la estabilidad física, psíquica y emocional de los menores en todo momento (puesto que diariamente ven a ambos padres y puesto que convivirán con ellos, períodos suficientemente largos).

DOMICILIO DE LOS MENORES.

El domicilio de los menores Guillermo y Gracia será el que respectivamente tengan tanto su padre como su madre, es decir, D. Luis Pablo y D.^a Serafina , siendo en concreto los siguientes:

-D. Luis Pablo señala como domicilio de los menores para cuando estén en su compañía el ubicado en Jaén capital, CALLE000 n° NUM000 - NUM001 ;

-D.^a Serafina señala el ubicado en Jaén capital, Avda DIRECCION000 n° NUM002 , EDIFICIO000 , Portal NUM003 - NUM004 .

Ambos domicilios serán en los que los menores sean recogidos y/o reintegrados según el sentido detallado en esta propuesta.

CELEBRACIONES/ACONTECIMIENTOS FAMILIARES.

Para el caso de que se produjera una celebración familiar importante (v.g. bodas, bautizos o comuniones), ambos progenitores se obligan a dar prioridad a la asistencia de los hijos al acontecimiento.

Para los supuestos anteriores, se modificarán los períodos (si fuese necesario) y compensarán los días de permanencia con uno u otro progenitor, si tales acontecimientos sucedieran durante fines de semana o períodos vacacionales. La compensación se efectuará al primer período siguiente de estancias que los menores estén con el progenitor que deba compensar los días.

CUMPLEAÑOS Y ONOMÁSTICA DE CADA PROGENITOR.

En las festividades de cumpleaños del padre o de la madre, si coinciden con estancias con el progenitor celebrante, éste podrá recogerlos a la salida del colegio para pasar la tarde con ellos, y si al progenitor celebrante le corresponde pasar la tarde con ellos podrá alargar la hora de reintegrarlos con el otro padre, hasta las 20 h, esto si coinciden con día lectivo; si coincide con fines de semana o vacaciones que no le correspondan, podrá pasar la tarde con ellos desde las 16 h hasta las 20 h, debiendo avisar previamente para ello al otro progenitor con al menos 3 días de antelación. Todo ello siempre que no perjudique las obligaciones escolares o extraescolares del menor si se encuentran en período escolar, y sin perjuicio de la posibilidad de cambiar o compensar si tales acontecimientos se dieran en fin de semana o período vacacional. Una vez cumplido el horario, serán reintegrados al domicilio materno/paterno según corresponda.

ONOMÁSTICA Y CUMPLEAÑOS DE LOS MENORES.

Para el supuesto de que el menor/los menores, decidiese/n querer hacer una fiesta de celebración con sus amigos, los gastos que se originen por ello, serán por mitad a cargo de ambos progenitores, pudiendo asistir al evento tanto el padre como la madre y los familiares de ambos si así lo acuerdan.

Para el caso de que quiera celebrarlo en casa, un año lo celebrará con su madre y familiares, y otro con el padre y su familia, en horario de 16 a 20 h, siempre y cuando ello no perjudique sus obligaciones escolares. El primer año de celebración corresponderá al progenitor que tenga a los hijos consigo en guarda y **custodia**.

No obstante a lo anterior, se podrá estar a lo que ambos progenitores puedan consensuar al respecto.

VACACIONES.

Durante las vacaciones escolares, la convivencia con los progenitores se distribuirá por mitad en cada uno de los períodos, con las especificaciones que se detallan seguidamente. Las fechas de comienzo y fin de las mismas, se determinarán por el calendario oficial escolar. Durante tales períodos vacacionales, salvo acuerdo en contrario de los progenitores, se suspenderán las estancias diarias de las tardes, en el sentido detallado en el apartado del ejercicio de "guarda y **custodia** compartida".

Con carácter general a los períodos vacacionales, la falta de notificación fehaciente en plazo, por parte de un progenitor respecto del otro a la hora de elegir el período vacacional que desea, determinará la pérdida del derecho a elegir para ese concreto período, que pasará al otro, pudiendo a su vez notificarlo al progenitor que ha perdido el turno en cualquier momento anterior al inicio del período correspondiente.

VACACIONES DE NAVIDAD.

Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos períodos, distribuyéndose las mismas para tal fin de la siguiente manera: Primer período.- desde las 18 horas del día siguiente al último día hábil de clase, hasta las 18 horas del 31 de Diciembre; y Segundo período.- desde las 18 horas del 31 de Diciembre hasta las 20 horas del día previo al regreso al Colegio.

Los padres elegirán el período en que deseen disfrutar las vacaciones con su hijo, correspondiendo, en caso de no acuerdo, la elección a la madre los años impares y al padre los años pares, debiendo de avisarse recíprocamente con al menos, 15 días de antelación al período elegido.

Igualmente, dada las edades actuales de los menores, éstos desayunarán con el progenitor al que no le corresponda por turno la festividad de Reyes, permaneciendo con dicho progenitor desde las 10 horas a las 14 horas, con la finalidad de que pueda recoger los regalos de éste y o su familia.

VACACIONES DE SEMANA SANTA.

Las vacaciones de Semana Santa serán divididas en dos períodos, en concreto los siguientes: Primer período.- desde las 18 horas del día de comienzo de las vacaciones escolares -Viernes de Dolores- hasta las 14 horas del Miércoles Santo; y Segundo período.- desde las 14 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección.

Los padres elegirán el período en que deseen disfrutar las vacaciones con su hijo, correspondiendo, en caso de no acuerdo, la elección a la madre los años impares y al padre los años pares, debiéndose avisar de tal decisión de forma recíproca, al menos, con 15 días de antelación.

VACACIONES DE VERANO.

Las vacaciones de verano que irán desde las 20 horas del día 30 de junio hasta las 20 horas del día 31 de agosto, se dividirán en cuatro períodos quincenales iguales que los padres irán alternando, en concreto:

- A) Desde las 20 h del 30 de junio al 15 de julio a sus 20 horas.
- B) Desde las 20 h del 15 de julio a las 20 horas del 31 de julio.
- C) Desde las 20 h del 31 de julio al 16 de agosto a sus 20 horas.
- D) Desde las 20 h del 16 de agosto al 31 de agosto a las 20 horas.

Los padres elegirán entre los distintos períodos de forma alternativa, y, caso de discrepancia, corresponderá la elección a la madre los años impares y al padre los años pares, debiéndose avisar y notificar recíprocamente, al menos, con 1 mes de antelación (aplicable a partir del próximo verano de 2014).

Con carácter general para todos los períodos vacacionales, el resto de los días de vacaciones escolares de los menores no recogidos expresamente dentro de cada período vacacional, éstos permanecerán con su progenitor custodio según período bimestral, si bien y con exclusión de los períodos antes referenciados, el régimen de estancias de tardes entre semana, estarán de nuevo en vigor. Sólo durante los períodos propios de vacaciones (verano, Navidad y Semana Santa expresamente determinados) se interrumpirán el régimen de estancias de tardes entre semana, reanudándose al final del período vacacional.

Los padres podrán alterar los períodos vacacionales de mutuo acuerdo.

Si las obligaciones laborales del progenitor al que corresponda tener a sus hijos durante un período vacacional determinado le impidieran disfrutar de dicho período con sus hijos, los menores podrán quedar con la familia del progenitor al que corresponda el período de que se trate, fomentándose de esta manera las relaciones del pequeño con sus abuelos y familiares, tanto paternos como maternos, sin perjuicio de cualquier otro acuerdo al que puedan llegar los padres.

Si los dos progenitores consensúan la asistencia de uno o ambos menores a campamentos de verano o cursos en el extranjero, el correspondiente período de estancia se restará del cómputo global de las vacaciones, al efecto del reparto por mitad del tiempo restante.

Para cuando finalicen los períodos vacacionales, el progenitor al que corresponda convivir con los menores deberá recogerlos en el domicilio del otro progenitor con el que hubiesen estado residiendo, sin perjuicio de cualquier cambio que puedan consensuar los padres al respecto.

CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS Y GASTOS EXTRAORDINARIOS.

ALIMENTOS ORDINARIOS.

Cada uno de los progenitores satisfará directamente las atenciones ordinarias de los menores durante el tiempo que permanezcan en su compañía. No procederá el abono de prestación periódica alguna entre progenitores. Los gastos ordinarios de educación, tales como de enseñanza reglada, comedor, autobús escolar, seguro, asociación de padres de alumnos, excursiones o actividades escolares ordinarias fuera del centro, libros de texto y restante material escolar, uniformes, vestuario y accesorios de uso escolares, serán sufragados por ambos progenitores, por mitad (si no estuviesen cubiertos por ayudas o subvenciones oficiales o privadas).

A estos efectos se abrirá una cuenta corriente bancaria de cotitularidad solidaria exclusivamente entre ambos, donde ingresará por igual, cada padre, las cantidades oportunas para sufragar tales gastos, ingresos que se efectuarán siempre con la antelación suficiente para efectuar sin demora los pagos correspondientes. Los cargos en dicha cuenta se realizarán siempre que sea posible por domiciliación bancaria de los correspondientes recibos o por pago a través de tarjeta de débito. Respecto de los restantes, el progenitor que hubiera hecho el gasto correspondiente conservará las facturas o justificantes escritos del gasto para ser

comprobados por la otra parte, si le fuera requerido, durante un plazo no inferior a tres meses desde la fecha de la compra correspondiente.

GASTOS EXTRAORDINARIOS.

Los gastos extraordinarios serán abonados por ambos progenitores por mitad. Se entiende por tales los imprevistos y que no tengan un devengo periódico, como gastos de enfermedad, hospitalización, tratamientos especiales, odontología, ortodoncia u óptica, o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores, actividades extraescolares o de apoyo académico, cursos fuera del centro escolar, así como todos los derivados de los estudios universitarios de los hijos (si hubiere lugar a ello).

Salvo urgencia inaplazable, los progenitores deberán notificarse previamente el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación por ambos, entendiéndose que la falta de contestación a la notificación del gasto en el plazo de ocho días naturales implica la conformidad con el mismo.

A falta de acuerdo o de resolución judicial que lo ampare, el gasto será a cargo de quien haya decidido la actividad o el hecho que lo genere, sin que tal decisión unilateral pueda en ningún caso alterar el régimen pactado de alternancia en la convivencia.

Cualquier otro gasto extraordinario que pudiese surgir, si no hubiese acuerdo entre los padres, será sometido a decisión judicial conforme prescripción del art 776,4 de la LEC .

CELEBRACIÓN DE LA PRIMERA COMUNIÓN DE LOS MENORES.

Si ambos padres están de acuerdo en que sus hijos reciban su Primera Comunión, para cuando llegue tal acontecimiento, los padres acordarán y decidirán lo que consideren mejor para ambos. Pero si por alguna razón o circunstancia no se llegare a acuerdo alguno por cuanto a la celebración, se aplicará lo que a continuación se recoge:

Aspectos previos al evento.

En cuanto a los aspectos previos a la ceremonia religiosa y celebración familiar, ambos padres serán los responsables de adoptar las decisiones sobre cualquier circunstancia, evento o incidencia de la misma y quienes decidan sobre las siguientes circunstancias: lugar, fecha y hora de la ceremonia religiosa, Iglesia o Parroquia y Sacerdote, decoración del Templo, vestimenta del comulgante, etc. (todo ello según prescripción del sacerdote celebrante). En igual sentido todo lo referente al banquete.

El menor permanecerá el fin de semana correspondiente a la celebración, en el domicilio del progenitor que corresponda por el orden del ejercicio de la guarda y **custodia**, y deberá regresar una vez finalizado el evento al domicilio que corresponda por su orden (a no más tardar de las 21 horas).

Ceremonia religiosa.

El día de la Primera Comunión, el hijo/a será acompañado/a desde el domicilio de su progenitor custodia a la Iglesia acompañado tanto por su madre como por su padre, siendo la posterior celebración (banquete) de tal acontecimiento con ambos progenitores y sus respectivas familias. Salvo acuerdo en contrario, cada progenitor abonará los gastos que ocasionen sus invitados.

Otros gastos ocasionados.

Todos los gastos derivados de la ceremonia religiosa, tales como la vestimenta del celebrante, decoración de la Iglesia, abono del donativo si en su caso fuese necesario al Sacerdote, así como todos aquellos que pudiesen considerarse derivados de dicha actuación, serán de cuenta de ambos padres por mitad (medida expresa del Divorcio junto con las anteriores).

PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.

El presente divorcio, no produce ningún tipo de desequilibrio económico entre las partes. Por tanto, ninguno de los litigantes solicita pensión compensatoria o indemnización de tipo alguno conforme al art 97 C. Civil , renunciando expresamente a ello».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Jaén se dictó sentencia, con fecha 23 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Que estimando la pretensión deducida, debo declarar y declaro la disolución del matrimonio formado por D.^a Serafina y D. Luis Pablo , celebrado el 18 de marzo de 2006, en Jaén, con las medidas que se recogen en los fundamentos de derecho, todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Y su fundamento de derecho segundo recoge las siguientes medidas:

SEGUNDO.- En lo referente a las medidas que toda sentencia de nulidad, separación o divorcio debe contener, se acuerdan las siguientes:

a) Decretar la disolución del matrimonio formado por D.^o Serafina y D. Luis Pablo , quedando revocados todos los consentimientos que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la presunción de convivencia conyugal, quedando igualmente disuelta la sociedad de gananciales.

b) Con relación a los hijos menores del matrimonio, tras la valoración racional de la prueba practicada al efecto, se concluye que hayan de quedar bajo la guarda y **custodia** de la madre, la Sra. Serafina , en aras a mantener la situación de hecho existente desde que hace algo más de un año se produjo la separación de hecho del matrimonio, entendiéndose que dicho sistema de guarda y **custodia** materna, y con el amplio régimen de visitas a favor del padre no custodio, es la mejor opción de las planteadas, en atención al superior interés de los menores, y sin que se considere que la guarda y **custodia** compartida, y más aún en los términos solicitados por la parte demandada, por la prueba practicada, vaya a ir en beneficio de éstos, que, en definitiva es lo que ha de primar; Por el contrario, el sistema actual, mantenido durante más de un año desde la separación de hecho se ha mostrado, como indican las partes, así como alguno de los testigos (en concreto la cuidadora de la guardería del hijo menor Guillermo), a que éstos no perciban, dada su corta edad, los perjuicios derivados de tal separación familiar, mostrándose, con los contactos diarios con padre y madre, una actitud contenta y satisfactoria, que no se revela necesario modificar en esta resolución; ostentando no obstante, ambos progenitores la patria potestad compartida. Así, ambos progenitores deberán, manteniendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, ejerciéndolo de acuerdo a los arts. 154 y 156 CC , y actuando siempre de común acuerdo en beneficio de los menores en la adopción de cuantas decisiones importantes puedan afectarles, siendo de especial relevancia, entre otras, las relativas a la fijación del lugar de residencia, y posteriores traslados de domicilio que le aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección de centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y cambios ulteriores, las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento al menor, de menos de 16 años, a tratamientos e intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo las de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor, o la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores; y cualesquiera otras que excedan de las actividades diarias habituales, ordinarias o rutinarias. Será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia, en caso de haberla. El progenitor que en cada momento se encuentre con los menores podrá adoptar cuantas decisiones en relación a los mismos se refieran, sin previa consulta, cuando se refieran a situación de urgencia o de decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida de los menores puedan producirse. Igualmente ambos progenitores tienen derecho a ser informados por parte de terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite información académica, boletines de evaluación, reuniones con tutores o servicios de orientación escolar, así como de la información médica sobre sus hijos, y a que se les faciliten los informes médicos que ambos puedan solicitar al respecto.

c) Como régimen de visitas a favor del padre no custodio, se establece, en iguales términos a lo que se ha venido manteniendo de hecho desde la separación, y ello sin perjuicio de cualquier otro que de común acuerdo pudieran fijar las partes, atendiendo al superior interés de los menores. Así, aquél consistirá, entre semana, el padre podrá gozar de la compañía de sus dos hijos desde la salida de la guardería y del colegio, respectivamente, yendo a recogerlos, y hasta las 18 horas, en que deberá reintegrarlos según lo acordado entre ambos progenitores, y subsidiariamente en el domicilio materno; fines de semana alternos, desde la salida de la guardería y colegio, respectivamente, en que el padre irá a recogerlos, y hasta el domingo a las 20 horas, en que los reintegrará al domicilio materno; en el caso de puentes o días festivos inmediatamente anteriores o posteriores al fin de semana, corresponderá su disfrute con los menores al progenitor al que dicho fin de semana corresponda.

Igualmente, se establece la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa; en Navidad, se dividirá en dos períodos: primero, desde el día siguiente a aquel en que finalicen las clases hasta el día 30 de diciembre, a las 20 horas, y el segundo período, desde el 30 de diciembre a las 20 horas, y hasta el día inmediatamente

anterior a aquel en que comiencen las clases, a las 20 horas, correspondiendo la elección de períodos, a la madre en los años pares, y el segundo en los impares; Semana Santa, que se dividirá en dos períodos, primero desde el Viernes de Dolores, a la salida de la guardería/colegio, y hasta el Miércoles Santo a las 15 horas, y el segundo, desde entonces hasta el Domingo de Resurrección a las 20 horas, correspondiendo la elección de períodos, a la madre en los años pares, y el segundo en los impares. En el caso de las vacaciones de verano, teniendo dicha consideración los meses de julio y agosto, y se dividirán los meses de julio y agosto por mitad, mediante quincenas alternas, correspondiendo la elección de períodos, a la madre en los años pares, y el segundo en los impares, y siendo entregados los menores el primer día a las 10 horas, y reintegrados el último a las 20 horas. En todo estos períodos vacacionales, la entrega y recogida de los menores también será en el domicilio materno. En cuanto a los últimos días del mes de junio, tras la finalización del curso escolar, y los primeros días del mes de septiembre antes del inicio del nuevo curso escolar, corresponderán el primer período al padre, y el segundo a la madre.

Durante todos estos períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas ordinario de fines de semana y días intersemanales.

Los padres deberán comunicarse el período vacacional que vayan a estar con sus hijos al menos con quince días de antelación.

Cada progenitor tendrá en todo momento derecho de comunicación telefónica con sus hijos, cuando éstos se encuentren en compañía del otro progenitor, siempre respetando el horario escolar, actividades extraescolares y descanso del menor.

d) En concepto de pensión de alimentos a favor de los hijos, se establece la obligación del Sr. Luis Pablo de abonar la cantidad total de 200.- euros mensuales (100.- euros por hijo), las cuales deberá ingresar dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que la Sra. Serafina señale a tal efecto; esta cantidad será revisada anualmente con efectos a uno de enero, conforme al I.P.C. que publique el I.N.E. u organismo que al efecto le sustituya.

Los gastos extraordinarios de los hijos, serán satisfechos al 50% entre ambos progenitores, teniendo dicha consideración los gastos médicos y quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social; los gastos extraordinarios de educación, tales como clases complementarias, estudios superiores, gastos de libros y material escolar de inicio de curso, así como actividades extraescolares, siempre previa comunicación y justificación del gasto al otro progenitor.

e) Ningún pronunciamiento se hace al respecto de la atribución del uso y disfrute de la que fue vivienda familiar, sita en CALLE000 , nº NUM000 , NUM001 , Jaén, al constar que desde la separación de hecho (diciembre de 2012), aquella ha venido siendo ocupada por el Sr. Luis Pablo , siendo propiedad de sus progenitores, y la Sra. Serafina con los hijos menores, también han tenido cubiertas sus necesidades de vivienda en la vivienda sita en Avenida DIRECCION000 , nº NUM002 , EDIFICIO000 , portal NUM003 , NUM004 , de Jaén, haciéndose cargo cada uno de los gastos derivados del uso y sostenimiento de tales inmuebles.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia, con fecha 8 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 y de Familia de Jaén, con fecha 23-1-14 , en autos de juicio especial de divorcio, seguidos en dicho Juzgado con el nº 1622 del año 2013, debemos confirmar la misma, sin hacer expresa declaración de las costas causadas en esta alzada, declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

TERCERO.- 1.- Por la representación procesal de DON Luis Pablo se interpuso recurso de casación por interés casacional en base a los siguientes motivos:

Primer motivo.- Infracción por aplicación indebida del art. 92.8 del Código Civil en relación a la concesión de la **custodia** compartida de los cónyuges que en este concreto caso no ha sido concedida.

Segundo motivo.- Infracción del art. 92.8 que exige informe del Fiscal, si bien ya no se requiere que sea favorable (STC 185/2012), aunque en este caso lo ha sido, en relación al art. 39 de la C.E . y art. 24 de la C.E ., pues pese al informe favorable del Ministerio Fiscal se desestima la pretensión en contra de la doctrina de esta Sala sobre los criterios aplicables para adoptar la guarda y **custodia** compartida, y en las sentencias

no se motiva debidamente (art. 120 LOPJ) la desestimación de la petición efectuada por el Ministerio Fiscal ni argumentan los motivos de ser contrario al interés de los menores la medida solicitada.

Tercer motivo.- Infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, art. 14 de la CE e interpretación restrictiva de las normas que afectan a los derechos fundamentales de la persona, en contra de la sentencia de 7-6-1984 del Tribunal Constitucional y de 7-6-1986 de la Sala 3^a del Tribunal Supremo, ya que esta misma Audiencia en sentencias como la 64/14 de 6 de marzo de 2014 , 14/14 de 22 de enero de 2014 , atribuye la guardia y **custodia** compartida en casos prácticamente similares.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de diciembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Ana Leal Labrador, en nombre y representación de doña Serafina , presentó escrito de oposición al mismo mientras que el Ministerio Fiscal interesó tras sus alegaciones la estimación del recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 21 de abril del 2015, suspendiéndose por baja del ponente, señalándose nuevamente para el día 14 de octubre del 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Resulta acreditado y no contradicho que D.^a Serafina (funcionaria) y D. Luis Pablo (médico), contrajeron matrimonio el 18 de marzo de 2006, del que nacieron los comunes hijos Gracia (NUM005 de 2009) y Guillermo (NUM006 de 2011). La esposa vive en piso de alquiler con los hijos, y el esposo en el piso que fue familiar y que es propiedad de los padres de D. Luis Pablo , ambos en Jaén.

SEGUNDO .- La sentencia del Juzgado estimó la demanda de divorcio interpuesta por D.^a Serafina , adjudicando la **custodia** de los menores a la madre, con un amplio régimen de visitas al padre, como consta en los antecedentes de hecho de la presente sentencia. El juzgado tuvo en cuenta que el régimen de **custodia** se mantuvo durante la separación de hecho, algo más de un año.

TERCERO .- En la sentencia de la Audiencia Provincial se desestimó el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Pablo , cuya estimación fue apoyada por el Ministerio Fiscal.

En la resolución recurrida se declara:

"Pues bien, esta Sala y aún sin desconocer el carácter de medida normal y hasta aconsejable cumplidos determinados parámetros y circunstancias del sistema de **custodia** compartida que le atribuye la jurisprudencia que acabamos de exponer, no puede sino compartir la conclusión que al respecto se alcanza en la instancia en cuanto a que el otorgamiento de la **custodia** a la madre en el supuesto concreto es la medida más beneficiosa para la estabilidad de los menores, que no se olvide cuentan con una corta edad, Gracia a punto de cumplir los cinco años y Guillermo con tres años recién cumplidos, pues combinado con el amplísimo régimen de visitas a favor del apelante, por el que mantiene el contacto diario durante al menos cuatro horas durante todos los días laborables, fines de semana largos, esto es desde el viernes, ampliados en caso de puente cuando los tuviera en su compañía, y la mitad real de todas las vacaciones de los menores incluidos los flecos de finales de junio y principios de septiembre al finalizar y antes de iniciarse un nuevo curso escolar, al margen de la posibilidad de comunicación telefónica diaria, viene a suponer en la práctica, como se reconoce abiertamente en el propio escrito de apelación, la instauración de ese sistema de guarda compartida a excepción de la pernocta de los hijos con el padre en los días laborables, de modo que no se puede calificar como de simple relación protocolaria la otorgada al padre, sino de compromiso y participación activa en la crianza de dichos menores, proporcionando una relación realmente estrecha con los mismos similar a la que pudieran venir manteniendo antes de la crisis, hasta el punto de que como manifestó D.^a Serafina en el interrogatorio efectuado las relaciones paterno filiales desde la separación de hecho han venido siendo ideales, extremo este que además fue corroborado por la monitora que se ocupa de Guillermo en la guardería Didac, la Sra. Estrella , que puso de manifiesto el interés, implicación y participación de ambos progenitores en su educación -48:29-, aludiendo a una situación de normalidad hasta el punto de que ella no sabía que se habían separado -49:20- y constando que el niño siente devoción por los dos padres, no habiendo notado nada salvo algunos días al inicio que se mostró caprichoso y calificando el estado y comportamiento de Guillermo fue el de genial - 51:38-."

Se añade en la sentencia que "no duda esta Sala de la capacidad del apelante para el cuidado de sus hijos"... Que la relación entre ellos no afecta a los menores.

En la resolución recurrida se tiene en cuenta el buen funcionamiento del sistema adoptado durante la separación de hecho y la corta edad de los menores.

Ante esta Sala el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso.

CUARTO .- La parte recurrida alega la inadmisibilidad del recurso al no apreciar interés casacional.

Debe rechazarse tal óbice procesal, en cuanto en el recurso se invocan las resoluciones de esta Sala que pueden, hipotéticamente, contradecir lo declarado en la sentencia recurrida, razonando la causa de discordancia.

QUINTO . *Motivos primero.- Infracción por aplicación indebida del art. 92.8 del Código Civil en relación a la concesión de la **custodia** compartida de los cónyuges que en este concreto caso no ha sido concedida.*

*Motivo segundo.- Infracción del art. 92.8 que exige informe del Fiscal, si bien ya no se requiere que sea favorable (STC 185/2012), aunque en este caso lo ha sido, en relación al art. 39 de la C.E . y art. 24 de la C.E ., pues pese al informe favorable del Ministerio Fiscal se desestima la pretensión en contra de la doctrina de esta Sala sobre los criterios aplicables para adoptar la guarda y **custodia** compartida, y en las sentencias no se motiva debidamente (art. 120 LOPJ) la desestimación de la petición efectuada por el Ministerio Fiscal ni argumentan los motivos de ser contrario al interés de los menores la medida solicitada.*

*Motivo tercero.- Infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, art. 14 de la CE e interpretación restrictiva de las normas que afectan a los derechos fundamentales de la persona, en contra de la sentencia de 7-6-1984 del Tribunal Constitucional y de 7-6-1986 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, ya que esta misma Audiencia en sentencias como la 64/14 de 6 de marzo de 2014 , 14/14 de 22 de enero de 2014 , atribuye la guardia y **custodia** compartida en casos prácticamente similares.*

Se estiman sustancialmente los motivos, que se analizan conjuntamente .

Alega el recurrente que en la resolución recurrida se reconoce la doctrina jurisprudencial, en cuanto considera que la **custodia** compartida es el sistema normal y deseable, pese a que lo rechaza.

Recuerda el recurrente que en la sentencia se mantiene:

1. La capacidad de ambos progenitores.
2. La vinculación afectiva de los menores con ambos.
3. El compromiso y participación activa del padre en la crianza de los menores.
4. Que el amplio régimen de visitas establecido al padre suponía en la práctica un régimen de sistema compartida, a excepción de la pernocta de los días laborables.

SEXTO .- 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).

Para la adopción del sistema de **custodia** compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la **custodia** compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

SÉPTIMO .- A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida -pese a la cita extensa de la doctrina jurisprudencial- se considera a la **custodia** compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible.

En la resolución recurrida se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para educación de su hijo y, de hecho, mantiene la ampliación del sistema de visitas, aproximándolo al de **custodia** compartida pero sin instaurarlo sin causa que lo justifique y sin riesgo objetivable.

Esta Sala no puede aceptar que el mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, impida la adopción del sistema de **custodia** compartida.

En este sentido la Sentencia de 29 de noviembre de 2013, rec. 494 de 2012 , declara:

*En segundo lugar, que haya 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 las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la **custodia** de forma individual.*

No se aprecian especiales factores de conflicto entre los progenitores que dificulten el diálogo, máxime cuando fueron capaces de adoptar un amplio sistema de estancias de los menores con el padre.

OCTAVO .- En la resolución recurrida se menciona la corta edad de los menores, para justificar que no se adopte el sistema de **custodia** compartida, pero al tiempo reconoce que el sistema adoptado tiene un tan amplio régimen de visitas que es prácticamente similar al de **custodia** compartida.

Es decir, si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de **custodia** compartida.

En este sentido la Sentencia de 22 de octubre de 2014, rec. 164/2014 , cuando declara que, " De acuerdo con el art. 92, en relación con el art. 90, ambos del C. Civil se ha de entender que no concurre óbice alguno para la adopción del sistema de **custodia** compartida, dado que no se aprecia conflictividad entre los padres que lo desaconseje y la relación del padre con el menor es también lo suficientemente entrañable como para posibilitar un contacto más estrecho, que "de facto " ya se viene dando.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de **custodia** compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

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

NOVENO .- 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 ostente la **custodia** dejará a los menores 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 de los niños, los dejará en el domicilio del otro.

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

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos de los menores en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

DÉCIMO .- Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y **custodia** compartida sobre los menores.

UNDÉCIMO .- No procede expresa imposición de las costas de la casación (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Luis Pablo , representado por la Procuradora D.ª Cristina Palma Martínez, contra sentencia de 8 de mayo de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén .

2. Casar la sentencia recurrida en el sentido de adoptar el sistema de **custodia** compartida de los menores.

3. 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 ostente la **custodia** dejará a los menores 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 de los niños, los dejará en el domicilio del otro.

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

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos de los menores en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

5. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.