

EDJ 2010/16360

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 11-3-2010, nº 94/2010, rec. 54/2008

Pte: Roca Trías, Encarnación

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 1ª del Tribunal Supremo. 2009-2010"

Comentada en "Custodia compartida. Respuesta de los tribunales"

Resumen

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y acuerda confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la disolución por divorcio del matrimonio, y la consiguiente disolución del régimen económico matrimonial, atribuyendo el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo, discrepando en la distribución de los tiempos la madre, hoy recurrente. Señala la Sala que no pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la sentencia recurrida, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta una serie de criterios abiertos que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.418.3

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.92.8 , art.143

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Custodia compartida

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

PROCESO CIVIL

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

PRUEBA

DOCUMENTOS

Cuestiones generales

RECURSOS

CASACIÓN

Infracción de ley o jurisprudencia

Violación de la ley

Diversos supuestos estimatorios

SOCIEDAD DE GANANCIALES

DISOLUCIÓN

Por separación o divorcio

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

CUESTIONES GENERALES

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.418.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.92.8, art.143 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.218, art.398.2, art.477.2, art.481.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida STS Sala 1ª de 8 octubre 2009 (J2009/234619)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 1ª del Tribunal Supremo. 2009-2010"

Comentada en "Custodia compartida. Respuesta de los tribunales"

Citada en "Efectos de la crisis económica en la fijación de las pensiones alimenticia y compensatoria (II)"

Citada en "Los gastos extraordinarios"

Versión de texto vigente null

ENCARNACION ROCA TRIAS

JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

JUAN ANTONIO XIOL RIOS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, por Dª Rosalia, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Angeles del Cueto Martínez, contra la Sentencia dictada, el día 2 de noviembre de 2007, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación núm. 387/2007, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo, en el juicio de divorcio núm. 1325/06. Ante esta Sala comparecen Dª Rosalia, representada por la Procuradora Dª Isabel Juliá Corujo en calidad de parte recurrente; y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo, interpuso demanda de divorcio, D. Joaquín, contra Dª Rosalia. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio y determine como medidas o efectos derivados los siguientes:

1º.- Se otorgue a mi representado la guarda y custodia de sus dos hijos menores de edad Jesús Ángel y Agapito confirmándose de ésta forma la medida de hecho adoptada por los cónyuges de mutuo acuerdo, dado que desde el mes de abril los niños permanecen en compañía de su padre en el hogar que fue conyugal, tal y como se ha manifestado.

2º.- Se otorgue a mi mandante y a sus hijos, en cuya compañía viven, el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Oviedo PLAZA000 núm. NUM000 - NUM001 NUM002, confirmándose igualmente la medida de hecho acordada consensuadamente por ambos esposos, en el mes de abril pasado, dado que la esposa vive desde entonces separadamente, en el domicilio en el que está siendo emplazada.

3º - Que se señale a favor de la madre un régimen habitual de visitas, estancia y comunicación con sus dos hijos menores de edad.

4º.- Que en concepto de alimentos se señale a favor de los hijos y con cargo a la demandada, a falta de acreditar sus reales ingresos, la cantidad de 400.- #/mes cantidad que será revisada anualmente cada 1 de enero a fin de acomodarla a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo."

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada y el Ministerio Fiscal, alegando dicho Ministerio mediante el oportuno escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando:"... dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

La representación de Dª Rosalia, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando:"... se dicte Sentencia en la que se declare LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO de los cónyuges D. Joaquín y Dª Rosalia, y en cuya virtud se acuerde:

A) Otorgar la Guarda y Custodia de los hijos menores, Jesús Ángel y Agapito a la madre.

B) Atribuir el uso del domicilio familiar a los menores y a la madre.

C) Fijar en concepto de pensión alimenticia con cargo al padre y a favor de los menores la cantidad de 200 # al mes para cada hijo, es decir en total 400 # al mes. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente cada 1 de enero en función de las variaciones al alza que experimente el I.P.C.

Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad entre los progenitores.

D) Establecer el siguiente sistema de comunicación y estancias a favor del progenitor no custodio.

1º.- Los menores podrán estar en compañía de sus padres todo los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 en que serán llevados al domicilio materno.

2º.- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas que serán llevados al domicilio materno.

3º.- Mitad de vacaciones de verano, navidad y semana santa. En casos de discrepancia elegirá la madre en años impares y el padre en los pares.

CON CARÁCTER SUBSIDIARIO y de no concederse los anterior.

A) Otorgar la Guarda y Custodia compartida de los hijos menores, Jesús Ángel y Agapito, a los progenitores, con el siguiente régimen:

1).- Los menores estarán en compañía de su padre desde el lunes a la salida del colegio al jueves hasta las 20:00 horas en que los recogerá su madre y estarán en su compañía el Lunes que los llevará al Colegio. En períodos vacacionales estarán en su compañía hasta el Domingo a las 20:00 horas en que los llevará al domicilio paterno.

2).- Mitad de vacaciones de verano, navidad y semana santa. En caso de discrepancia elegirá la madre en años impares y el padre en los pares.

B).- Los gastos en concepto de Alimentos de los hijos menores, correrán de cargo de cada progenitor, en consonancia con el sistema de Guarda y Custodia compartida, sin derecho a exigirse recíprocamente los progenitores, cantidad alguna por este concepto en relación con los gastos ordinarios que genere la estancia de los hijos. Los gastos extraordinarios (médicos, prótesis...) así como los derivados de clases particulares, ropa y cualquiera otros de análogas características, serán sufragados a parte iguales por cada progenitor".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó señalar día y hora para la celebración de la oportuna Vista, a la que acudieron las partes debidamente representadas, solicitándose el recibimiento a prueba del pleito, y acordándose la práctica de las pruebas que previamente fueron declaradas pertinentes, y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo dictó Sentencia, con fecha 19 de abril de 2007 y con la siguiente parte dispositiva:" FALLO: Que declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio entre D. Joaquín y Dª Rosalia, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico matrimonial, con adopción de las siguientes medidas:

1º.- Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo.

2º.- El régimen de visitas y comunicación y estancia de los menores con su progenitor no custodio, será el siguiente: los menores, podrán comunicar y estar en compañía del progenitor que, en cada momento, no ostente la guarda, cuando así lo convengan con sus padres. De no ser posible este acuerdo, y para continuar con un sistema lo más parecido posible al actual atendiendo al horario laboral de los progenitores, cuando los niños se encuentren residiendo con su padre, su madre podrá continuar en su labor diaria de llevarlos al colegio, disfrutando además con ellos de fines de semana alternos, pudiendo disfrutar de forma continuada dichos fines de semana atendiendo a la voluntad paterna. Cuando los niños se encuentren residiendo con su madre, el padre podrá recogerlos los martes y jueves a la salida del colegio, retornándolos a las 20:00 horas al domicilio materno, pasando fines de semana alternos en su compañía, salvo que de mutuo acuerdo fuera otra la voluntad de los progenitores en cuanto a los fines de semana.

Repartiéndose, de ser posible, las vacaciones escolares de Navidad, semana Santa y Verano, por mitad, entre ambos progenitores -periodos en que dejaría de operar la guarda compartida-, para seguir el régimen vacacional, de no decidirse otra cosa de mutuo acuerdo entre los progenitores, correspondiendo la elección al padre los años pares, y a la madre, los impares, en las vacaciones de Navidad y Semana Santa, pues los meses de verano se disfrutarán alternativamente por los progenitores, disfrutando de la compañía de los menores durante el mes de julio el que no ostentara la guarda el mes anterior, y agosto el otro, tal como se especifica en los fundamentos de Derecho números 2 y 3, de esta Sentencia.

3º.- Cuando los menores se encuentren residiendo con su padre, su madre ha de abonarles 300 # en concepto de alimentos, y cuando se encuentren residiendo con su madre, su padre habrá de abonarles la cantidad de 250 #.

Las cantidades anteriormente señaladas, se abonarán en la cuenta que se designe por las partes, y se actualizarán, automática y anualmente cada uno de enero, a tenor de las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo Público que lo sustituya.

4º.- Los gastos extraordinarios de los hijos, que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, habrán de ser abonados por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época en que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto, de manera que tendrán tal carácter los imprevistos y que guarden relación con el contenido del art. 143 del Código Civil EDL 1889/1 (formación, salud, etc). Previamente a su acometimiento por el custodio, deberá justificarse documentalmente o de otra forma fehaciente su importe, su carácter extraordinario y su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial.

Todo ello, sin expresa imposición de costas.

Una vez firme la presente resolución, líbrese exhorto al Registro Civil de Oviedo, con testimonio de la misma para llevar a efecto la inscripción oportuna".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Joaquín y Dª Rosalia, por la vía de la impugnación. Sustanciada la apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia, con fecha 2 de noviembre de 2007, con el siguiente fallo: "Se estiman parcialmente los recursos de apelación interpuestos por D. Joaquín y Dª Rosalia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Oviedo, en el Juicio de Divorcio 1325/06. Se revoca la sentencia apelada en el sentido de atribuir la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito a su padre D. Joaquín, fijando a favor de Dª Rosalia el siguiente régimen de visitas, dos fines de semana seguidos desde las diecisiete horas del viernes hasta las veinte horas del domingo; el tercer fin de semana quedarán los menores con el padre y así sucesivamente. Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, a determinar por acuerdo entre los padres y en su defecto el padre elegirá los años pares y la madre los impares, debiendo ser los menores recogidos y entregados en su domicilio, a falta de otro acuerdo entre las partes. Dª Rosalia deberá abonar durante los cinco primeros días de cada mes la suma de 250 euros, para cada hijo, en concepto de alimentos, suma que se actualizará a primero de enero de cada año en función de las variaciones del IPC que apruebe el Instituto Nacional de Estadísticas u Organismo Público que lo sustituya. En cuanto a los gastos extraordinarios se mantiene el pronunciamiento de instancia. También se confirma el pronunciamiento de instancia en materia de costas, si bien aclarando que el informe pericial emitido por la perito psicóloga se trata de un coste común del proceso. No se hace especial pronunciamiento de las costas del recurso".

Por resolución de fecha 26 de diciembre de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

TERCERO. Anunciado recurso de casación, por Dª Rosalia, contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora Dª Angeles del Cueto Martínez, lo interpuso ante la Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477.2.3º LEC 2000 EDL 2000/77463 , por infracción del artículo 92.8 del Código Civil EDL 1889/1 .

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477.2.3º LEC 2000 EDL 2000/77463 , por infracción del artículo 218 de la LEC EDL 2000/77463 , concretamente el número 2 de dicho artículo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora Dª Isabel Juliá Corujo, en nombre y representación de Dª Rosalia, en calidad de recurrente, así como el Ministerio Fiscal.

Por Auto de fecha 21 de julio de 2009., la Sala acuerda: "1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dª Rosalia,.... respecto del art. 218.2 de la LEC. EDL 2000/77463 2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dª Rosalia, contra la Sentencia dictada, con fecha 2 de noviembre de 2007, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el rollo de apelación núm. 387/07, dimanante de los autos de juicio de divorcio núm. 1325/06 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo, respecto de la infracción denunciada en la alegación cuarta del escrito de interposición del recurso, respecto del art. 92.8 del CC EDL 1889/1 . Evacuado el traslado conferido el Ministerio Fiscal presenté escrito apoyando el recurso de casación interpuesto, interesando se case la sentencia recurrida otorgando la guarda y custodia compartida por semanas como señalaba el informe psico social del juzgado".

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de febrero de 2010, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. Dª Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Joaquín y Dª Rosalia tenían dos hijos gemelos, de 11 años de edad en la fecha de la sentencia apelada. La madre había abandonado el domicilio conyugal por desavenencias con el marido y los hijos habían quedado al cuidado del padre en el mismo domicilio. La madre abandonó dicho domicilio porque el piso era propiedad de los padres del marido y no era conveniente que los niños dejaran su entorno familiar. A pesar de que los niños estaban conviviendo con el padre, la madre acudía diariamente al domicilio de los hijos, les levantaba, les daba el desayuno y les acompañaba al colegio. Al mediodía se encargaban de los niños los abuelos paternos.

2º Se interpuso por el padre la demanda de divorcio, pidiendo la guarda y custodia de los hijos menores. La madre solicitó la custodia compartida por semanas.

3º El equipo psico-social y el Fiscal informaron favorablemente la guarda y custodia compartida, tal como solicitaba la madre. De hecho, el régimen que venían siguiendo los padres hasta aquel momento podía equivaler a un sistema de hecho de guarda compartida, aunque se señalaba en dichos informes que no parecía que los padres estuvieran dispuestos a mantener el status quo después del divorcio.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Oviedo, de 19 abril 2007 atribuyó la guarda y custodia compartida, de acuerdo con el informe psico-social y el del Ministerio Fiscal porque analizando la situación se concluyó que "aun separados, ambos continúan con las atenciones debidas a los hijos" y "privarles de la atención de ambos sería perjudicial para los menores y ambos padres muestran idéntico interés en intervenir de forma activa en su cuidado". Se acordó en la sentencia "atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo", según los repartos temporales que se especificaban en la sentencia.

5º Apelaron ambos progenitores al discrepar de la solución: el padre insistió en que se le atribuyera la guarda en exclusiva, petición que Dª Rosalia articuló con carácter subsidiario, discrepando en la distribución temporal. La sentencia de la sección 4ª de la AP de Oviedo de 2 noviembre 2007 estimó el recurso de apelación del padre y desestimó el de la madre, en base a los siguientes argumentos y partiendo de que no había acuerdo entre los litigantes y que debía solucionarse el conflicto atendiendo al interés de los menores: a) el padre había venido ejerciendo la guarda y custodia de facto; b) la guarda y custodia compartida es una medida excepcional "que solo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo personal, emocional y afectivo" de los menores, sin producir desequilibrios; c) no se observan especiales ventajas en el caso litigioso, sino al contrario y ello con independencia del sistema de reparto temporal que se acuerde; d) la atribución trimestral "implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional", lo que se vería afectado si los cambios tuviesen lugar semanalmente; e) sin que ello signifique una descalificación de la madre, abandonó el domicilio, dejando a los hijos al cuidado del padre y así continuó durante un año y medio, sin haber promovido durante este tiempo que se le otorgara la guarda y custodia, por lo que los menores se han acostumbrado a la situación, y f) el tribunal no comparte el análisis efectuado por el informe psico-social, por las evidencias que existen de que la presunta actitud del padre en contra de la madre no ha tenido ninguna consecuencia en la conducta de los hijos.

6º Dª Rosalia interpone recurso de casación dividido en dos motivos, de los que el auto de 21 julio 2009 admitió únicamente el señalado como "alegación cuarta", en realidad, primer motivo del recurso. El Ministerio Fiscal ha redactado el preceptivo informe en el que recomienda la estimación del recurso.

SEGUNDO. El recurso denuncia la infracción art. 92.8 CC EDL 1889/1 , al amparo del art. 481.3 LEC EDL 2000/77463 , por tratarse de una norma de menos de 5 años de vigencia. Dice la recurrente que el Tribunal confunde en su argumentación la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una "coparentalidad" de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores. Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.

El motivo se estima.

Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009 EDJ 2009/234619 , "Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven", criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la sentencia de 1ª Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en realidad se ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonable.

TERCERO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Rosalia, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4^a, de 2 noviembre 2007, determina la de su recurso de casación, con la anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado de 1^a Instancia núm. 7 de Oviedo, de 19 abril 2007.

Las costas causadas por el recurso de casación no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC de 2000 EDL 2000/77463).

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

FALLO

1º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Rosalia contra la sentencia dictada por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 2 noviembre 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 387/2007.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 7 de Oviedo, de 19 abril 2007, dictada en los autos de divorcio núm. 1325/2006, cuyo fallo dice: "Que declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio entre D. Joaquín y D^a Rosalia, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico matrimonial, con adopción de las siguientes medidas:

1º.- Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo.

2º.- El régimen de visitas y comunicación y estancia de los menores con su progenitor no custodio, será el siguiente: los menores, podrán comunicar y estar en compañía del progenitor que, en cada momento, no ostente la guarda, cuando así lo convengan con sus padres. De no ser posible este acuerdo, y para continuar con un sistema lo más parecido posible al actual, atendiendo al horario laboral de los progenitores, cuando los niños se encuentren residiendo con su padre, su madre podrá continuar en su labor diaria de llevarlos al colegio, disfrutando además con ellos de fines de semana alternos, pudiendo disfrutar de forma continuada dichos fines de semana atendiendo a la voluntad paterna. Cuando los niños se encuentren residiendo con su madre, el padre podrá recogerlos los martes y jueves a la salida del colegio, retornándolos a las 20:00 horas al domicilio materno, pasando fines de semana alternos en su compañía, salvo que de mutuo acuerdo fuera otra la voluntad de los progenitores en cuanto a los fines de semana.

Repartíendose, de ser posible, las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, por mitad, entre ambos progenitores -períodos en que dejaría de operar la guarda compartida-, para seguir el régimen vacacional, de no decidirse otra cosa de mutuo acuerdo entre los progenitores, correspondiendo la elección al padre los años pares, y a la madre, los impares, en las vacaciones de Navidad y Semana Santa, pues los meses de verano se disfrutarán alternativamente por los progenitores, disfrutando de la compañía de los menores durante el mes de julio el que no ostentara la guarda el mes anterior, y agosto el otro, tal como se especifica en los Fundamentos de Derecho números 2 y 3, de esta Sentencia.

3º.- Cuando los menores se encuentren residiendo con su padre, su madre ha de abonarles 300 # en concepto de alimentos, y cuando se encuentren residiendo con su madre, su padre habrá de abonarles la cantidad de 250 #.

Las cantidades anteriormente señaladas, se abonarán en la cuenta que se designe por las partes, y se actualizarán, automática y anualmente, cada uno de enero, a tenor de las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo Público que lo sustituya.

4º.- Los gastos extraordinarios de los hijos, que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, habrán de ser abonados por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto, de manera que tendrán tal carácter los imprevistos y que guarden relación con el contenido del art. 143 del Código Civil EDL 1889/1 (formación, salud, etc). Previamente a su acometimiento por el custodio, deberá justificarse documentalmente o de otra forma fehaciente su importe, su carácter extraordinario y su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial.

Todo ello, sin expresa imposición de costas.

Una vez firme la presente resolución, líbrese exhorto al Registro Civil de Oviedo, con testimonio de la misma para llevara a efecto la inscripción oportuna".

4º No procede imponer las costas de este recurso de casación

5º No se imponen las costas de la primera instancia ni de la apelación

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a Encarnacion Roca Trias, 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012010100108