



Roj: **STS 49/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:49**

Id Cendoj: **28079110012019100020**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2019**

Nº de Recurso: **2483/2018**

Nº de Resolución: **32/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 105/2018,**  
**STS 49/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 32/2019**

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2483/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería (1ª)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2483/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 32/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 17 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de Regularización de las Relaciones Paterno Filiales n.º 909/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 ; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jose Manuel , representado ante esta sala por el procurador de los Tribunales don José María Saldaña Fernández, bajo la dirección letrada de don Francisco J. Martínez Reina; siendo parte recurrida doña Ángela , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Guzmán Altuna, bajo la dirección letrada de doña Rosa María Fernández Sánchez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de doña Ángela , interpuso demanda contenciosa sobre Medidas Paterno-Filiales, Guarda y Custodia, Reclamación de Alimentos y Cargas Familiares contra don Jose Manuel , alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"...estimando la presente demanda se acuerden las siguientes medidas:

"1.- ATRIBUCIÓN DEL USO EXCLUSIVO Y DISFRUTE DEL ÚLTIMO DOMICILIO FAMILIAR sito en Carbonera, CALLE000 , NUM000 a DON Jose Manuel .

"2.- GUARDA Y CUSTODIA SOBRE Celestina debe ser atribuida a la madre DOÑA Ángela con la que vivirá, siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores.

"3.- Que en concepto de CARGAS FAMILIARES, DON Jose Manuel abone a mi mandante la cantidad de 259,22.- € del crédito titularidad formal de mi mandante pero cuyo obligado al pago es el mismo.

"4.- Que se establezca en concepto de PENSIÓN DE ALIMENTOS para la menor Celestina , la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600 €) mensuales, pagaderos por la demandada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe mi representado.

"Esta cantidad será revisable anualmente conforme a las variaciones experimentadas por el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, procediendo a la actualización en los meses de enero de cada año y comenzando la primera actualización en enero de 2015.

"Los gastos extraordinarios que pudieran surgir respecto al menor serán sufragados al 50% entre ambos progenitores.

"5.- RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIONES Y ESTANCIAS A FAVOR DEL PADRE.- Consistente en:

"- Dos tardes a la semana de 18 a 20, recogiendo y reintegrando el padre a la menor en el domicilio materno.

"- Fines de semana alternos sin pernocta, sábados y domingos de 10.00 a 13.30 y de 18 a 20.00, recogiendo y reintegrando el padre a la menor en el domicilio materno.

"- NO se establece régimen de vacaciones dada cuenta la corta edad de la menor.

" Los progenitores facilitarán la comunicación telefónica o telemática con la menor, así como se notificarán el domicilio y dirección del lugar donde permanezcan.

"6.- Imposición de costas causadas al demandado si se opusiere a la presente demanda."

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

"..en su día, Sentencia por la que se acuerde, con carácter definitivo, la adopción de las MEDIDAS que se proponen, en relación con la hija menor Celestina :

"A) DEL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR. -

"Procede la atribución a DON Jose Manuel del uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar, sito en CALLE000 , núm. NUM000 de Carboneras.



"B) DE LA PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA.-

"1) Hasta que la hija menor cumpla la edad de dos años o, bien con anterioridad, caso de no mantenerse la lactancia natural, la GUARDA Y CUSTODIA de la hija menor, Celestina, será atribuida a la madre, Doña Ángela, ejercitándose, en todo caso, la patria potestad conjuntamente por ambos progenitores.

"2) Cumplido el periodo anterior, se mantendrá el ejercicio conjunto de la patria potestad y, además, quedará establecido el régimen de GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA de la menor, Celestina, la cual quedará atribuida a ambos progenitores, a fin de que ésta permanezca, de forma alternativa, un periodo con el padre y otro con la madre, y así sucesivamente hasta la obtención de la mayoría de edad, fijándose a tal efecto como criterio temporal, salvo mejor criterio del/la Juzgador/a, los periodos que posteriormente se establecen.

"3) SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que la madre no acepte el régimen de guarda y custodia compartida y no se llevare a efecto su adopción por el Juzgado, en los términos interesados, se solicita que la GUARDA Y CUSTODIA de la hija menor será atribuida al padre, estableciéndose la patria potestad compartida.

"C) DEL RÉGIMEN DE ESTANCIA DE LA HIJA MENOR CON LOS PROGENITORES DURANTE EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. -

"- El padre permanecerá con su hija menor, durante las semanas impares, desde el LUNES hasta el VIERNES, con pernocta, entregando a la menor a las 10,00 horas del SÁBADO. Y durante las semanas pares, le corresponderá estar con su hija, desde las 10,00 horas del SÁBADO y el DOMINGO, con pernocta.

"- La madre permanecerá con su hija menor, durante las semanas pares, desde el LUNES hasta el VIERNES, con pernocta, entregando a la menor a las 10,00 horas del SÁBADO. Y durante las semanas impares, le corresponderá estar con su hija, desde las 10,00 horas del SÁBADO y el DOMINGO, con pernocta.

"- Durante los MARTES y JUEVES, el progenitor que no ostente, en esa semana y en esos días, el derecho de pernocta podrá visitar a su hija desde las 15,00 horas o, en su caso, desde la Salida del Colegio, hasta las 20,00 horas en la estación de invierno (Noviembre a Abril, a los presentes efectos) y hasta las 21,00 horas el resto del año.

"- Durante los periodos vacacionales de SEMANA SANTA, VERANO y NAVIDAD, los anteriores apartados quedarán en suspenso, al ser de aplicación el siguiente régimen:

"a) Los progenitores podrán disfrutar de la compañía de su hija menor LA MITAD DE LAS VACACIONES DE NAVIDAD, SEMANA SANTA Y TEMPORADA DE VERANO O ÉPOCA ESTIVAL, de forma alterna y coincidiendo con las vacaciones escolares, con independencia de que la hija menor, por razón de edad, no esté aún incorporada a un centro escolar, correspondiéndole la elección a la madre durante los años pares y al padre en los impares.

"b) Los periodos vacaciones se distribuirán de la siguiente forma;

" En SEMANA SANTA: El primer periodo transcurrirá desde las 20,00 horas del Viernes que precede al Domingo de Ramos hasta las 20,00 horas del Miércoles Santo; y el segundo periodo desde la conclusión del primer periodo hasta las 20,00 horas del Domingo de Resurrección.

" En VERANO: El primer periodo comenzará a las 10,00 horas del día siguiente al inicio de las vacaciones escolares hasta las 10,00 horas del día 1 de Agosto; y el segundo periodo comenzará al concluir el primer periodo y se prolongará hasta las 20,00 horas del día anterior a aquél en que se produzca el comienzo del curso escolar.

" En NAVIDAD: El primer periodo transcurrirá desde las 10,00 horas del día siguiente al del comienzo de las vacaciones escolares hasta las 20,00 horas del día 30 de Diciembre; y el segundo periodo comenzará al concluir el primer periodo y terminará a las 20,00 horas del día anterior a aquél en que se produzca el comienzo del curso escolar.

"- Respecto de los días de cumpleaños de cada uno de los progenitores, y los días del Padre o de la Madre, la menor podrá permanecer en su compañía dependiendo de la festividad correspondiente, desde las 16,00 horas o, en su caso, desde la salida del centro escolar hasta las 20,30 horas. Si dicho día coincidiera con festivo, con independencia de a quien corresponda, el periodo de estancia será desde las 11,00 horas hasta las 20,30 horas.

"Los días de cumpleaños de la menor, con independencia de a quien corresponda ese día tener a su hija en su compañía, podrá permanecer con el otro progenitor un periodo de tres horas consecutivas, fijadas de común acuerdo entre los aquellos. En caso de desacuerdo, corresponderá la elección del periodo a la madre en los años pares y al padre en los impares.

"- En todos los casos, la recogida de la hija menor se realizará en el domicilio de cada progenitor, donde permanezca aquella el último día de cada periodo asignado, en las fechas y horas que han quedado expuestas.

"D) DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN ATENCIÓN AL RÉGIMEN DE PERMANENCIA EXCLUSIVA DE LA HIJA MENOR CON CADA PROGENITOR. -

" Hasta que la hija menor cumpla la edad de DOS AÑOS o, bien con anterioridad, caso de no mantenerse la lactancia natural, la guarda y custodia queda atribuida a la MADRE, en cuyo caso se confiere, a favor del PADRE, el siguiente régimen de visitas:

"- El padre DON Jose Manuel visitará a su hija menor, los LUNES, MIÉRCOLES, VIERNES y DOMINGOS, durante las semanas impares, y los MARTES, JUEVES y SÁBADOS, durante las semanas pares, desde las 10,00 horas hasta las 20,00 horas, excepción hecha de un día a la semana, cual es el VIERNES -en las semanas impares- y el SÁBADO -en las semanas pares- en los que tendrá lugar el derecho de pernocta a partir de que la menor cumpla la edad de DIECIOCHO MESES, debiendo reintegrarse a aquella al domicilio materno, a las 10,00 horas del día siguiente.

"Durante el periodo estival, entendiéndose por tal, a los presentes efectos, desde el mes de Mayo a Octubre, ambos inclusive, el periodo de entrega en los días sin pernocta se extenderá hasta las 21,00 horas.

"- Las vacaciones de NAVIDAD, se dividirán en dos periodos; el primer periodo transcurrirá desde el día siguiente al de comienzo de las vacaciones escolares hasta el día 30 de Diciembre, ambos inclusive; y el segundo periodo comenzará el 31 de Diciembre y concluirá el día anterior a aquél en que se produzca el comienzo del curso escolar. Durante esos dos turnos, la hija menor no pernoctará fuera del domicilio materno, al no haber cumplido la edad de DIECIOCHO MESES, y será recogida diariamente por el progenitor paterno desde las 10,00 horas de la mañana hasta las 20,00 horas de la noche.

"- Las vacaciones de SEMANA SANTA también se dividirán en dos periodos: el primero que transcurre desde el Sábado que precede al Domingo de Ramos hasta el Miércoles Santo, ambos inclusive; y el segundo periodo desde el Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección, ambos inclusive. Durante esos dos turnos, la hija menor no pernoctará fuera del domicilio materno, al no haber cumplido la edad de DIECIOCHO MESES, y será recogida diariamente por el progenitor paterno desde las 10,00. horas de la mañana hasta las 20,00 horas de la noche.

"- Y las vacaciones de VERANO comprenderán, a los presentes efectos, los meses de JULIO y AGOSTO, los cuales se dividirán por quincenas, durante las cuales será recogida la hija menor por el progenitor paterno, diariamente, en turnos sucesivos y alternantes, desde las 10,00 horas de la mañana hasta las 21,00 horas de la noche, excepción hecha de los MIÉRCOLES y SÁBADOS, en los que tendrá lugar la pernocta con el progenitor paterno, debiendo ser reintegrada la hija menor a las 10,00 horas del día siguiente.

"- Durante las VACACIONES de SEMANA SANTA, VERANO y NAVIDAD, la elección de los periodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los años impares.

" En el supuesto de que la GUARDA Y CUSTODIA fuere atribuida al progenitor paterno, con carácter exclusivo, en defecto de guarda y custodia compartida, se conferirá a favor de la madre el siguiente régimen de visitas, tomando como referencia, en todo caso, el calendario escolar oficial de la Comunidad Autónoma de Andalucía que se publica cada año:

"- La madre podrá tener a su hija menor, Celestina, en su compañía fines de semana alternos, desde las 18,00 horas del VIERNES hasta las 20,00 horas del DOMINGO.

"A estos efectos, se identificarán los fines de semana que ha de disfrutar la madre junto a su hija, estos se corresponderán con las semanas pares en los años pares y las semanas impares en los años impares, fijando como criterio para determinar la primera semana, aquella de la que forme parte el día 1 de Enero de cada año.

"En caso de que exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a éste por un puente reconocido por el Centro donde la menor curse sus estudios, se considerará, con carácter general, éste periodo agregado al fin de semana, y procederá la estancia de la hija menor con el progenitor con el que se encuentre la misma o le corresponda disfrutar de la compañía de su hija ese fin de semana.

"- Durante el periodo lectivo semanal, la madre podrá permanecer con la hija menor, MARTES y JUEVES, desde las 16,00 horas a las 20,30 horas. Cuando dichos días sean festivos y no resulten agregados a ningún "puente", el horario de visita se extenderá desde las 10,00 horas hasta las 20,30 horas.

"Por otra parte, la madre podrá disfrutar, de igual forma, de la compañía de su hija menor, la MITAD de los PERIODOS VACACIONALES de SEMANA SANTA, temporada de VERANO o época estival y NAVIDAD, de forma

alterna, coincidiendo con las vacaciones escolares, eligiendo el periodo la madre en los años pares y el padre en los impares.

"Se pacta, de forma expresa, que para el cómputo de los periodos que ha de disfrutar cada progenitor en época vacacional, se han de seguir las siguientes reglas:

"\* En SEMANA SANTA: El primer periodo transcurrirá desde las 20,00 horas del Viernes que precede al Domingo de Ramos hasta las 20,00 horas del Miércoles Santo; y el segundo periodo desde la conclusión del primer periodo hasta las 20,00 horas del Domingo de Resurrección.

"\* En VERANO: El primer periodo comenzará a las 10,00 horas del día siguiente al inicio de las vacaciones escolares hasta las 10,00 horas del día 1 de Agosto; y el segundo periodo comenzará al concluir el primer periodo y se prolongará hasta las 20,00 horas del día anterior a aquél en que se produzca el comienzo del curso escolar.

"\* En NAVIDAD: El primer periodo transcurrirá desde las 10,00 horas del día siguiente al del comienzo de las vacaciones escolares hasta las 20,00 horas del día 30 de Diciembre; y el segundo periodo comenzará al concluir el primer periodo y terminará a las 20,00 horas del día anterior a aquél en que se produzca el comienzo del curso escolar.

"El día de los Reyes Magos (6 de Enero), se disfrutará por los progenitores por mitad, en horario de mañana (desde las 11,00 horas a las 16,00 horas) o de tarde (desde la conclusión del horario de mañana hasta las 21,00 horas), al margen de a quien corresponda el periodo en el que se integren dichos días, si bien pernoctando, en todo caso, con éste último progenitor. En caso de desacuerdo entre los cónyuges, a la hora de la elección del horario de mañana o tarde, tendrá preferencia en la elección el progenitor que tenga derecho a disfrutar el periodo donde se incluya el día en cuestión.

"\* Durante los periodos vacacionales no tendrá aplicación el régimen de visitas referente a fines de semana alternos, ni el correspondiente a días entre semana, en periodo lectivo o no lectivo, a que se refieren los anteriores APARTADOS de la presente MEDIDA.

"- Reglas comunes a todos los periodos contemplados en el presente régimen de visitas:

"\* La madre recogerá y reintegrará a la hija menor en el domicilio paterno, en los días y horas que han quedado establecidos o, en su caso, en el domicilio que pudiera quedar fijado, de común acuerdo, más adelante, y siempre dentro de la flexibilidad lógica y razonable que debe caracterizar estas relaciones futuras.

"\* Ambos progenitores se obligan a comunicar al otro progenitor cualquier situación de enfermedad o situación anómala que pudiera sufrir la menor, con independencia de a quien corresponda estar en su compañía, así como a facilitar la información precisa y la presencia del otro progenitor, en caso de acudir a un Hospital, Centro Médico o cualesquiera otro servicio sanitario.

"\* De igual forma, ambos progenitores quedan obligados a facilitar la comunicación con la hija menor cuando se intente aquella por parte del otro progenitor, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores, por cualquier método telemático (teléfono, correo electrónico, videoconferencia, etc.) o por correo ordinario, procurando siempre potenciar el contacto con la hija menor.

"\* Respecto de los días de cumpleaños de cada uno de los progenitores, y los días del Padre o de la Madre, la menor podrá permanecer en su compañía dependiendo de la festividad correspondiente, desde la salida del Colegio hasta las 20,00 horas. Si dicho día coincidiera con festivo, con independencia de a quien corresponda, el periodo de estancia será desde las 11,00 horas hasta las 20,00 horas. El día del cumpleaños de la menor, con independencia de a quien le corresponda tener a su hija menor en su compañía, ésta podrá permanecer en compañía del otro progenitor un periodo de tres horas consecutivas, fijadas de común acuerdo entre aquellos. En caso de desacuerdo, corresponderá la elección del periodo a la madre en los años pares y al padre en los impares.

"E) DE LA PENSIÓN POR ALIMENTOS.-

" En el régimen de GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: "cada progenitor deberá asumir las necesidades diarias de la hija menor, durante el periodo que permanezca con el mismo, debiendo abonar ambos progenitores, por MITAD, aquellos gastos que tengan la consideración de extraordinarios, previa acreditación documental por parte de aquél que, inicialmente, haya realizado el gasto.

"A estos efectos, se definen como gastos extraordinarios, los médicos, farmacéuticos y de hospitalización, que no se encuentren cubiertos por los correspondientes seguros médicos, y los gastos escolares, incluyéndose en estos últimos los derivados de matrículas, adquisición de libros, material escolar, uniformes y demás equipamiento escolar y/o deportivo, clases particulares, en su caso, así como los de viajes de estudios y



actividades extraescolares que fueren decididas de común acuerdo o cualesquiera otro gasto que pueda tener la consideración de extraordinario, siempre que hubiere existido acuerdo entre ambos progenitores para su realización.

"En todo caso, los elementos de cualquier índole que tengan la consideración de gasto extraordinario, deberán quedar a disposición de cada progenitor durante el periodo de permanencia con la hija menor. Por su parte, respecto de los bienes adquiridos para el sustento, habitación y vestido para la hija menor, por cada uno de los progenitores, por razón de permanencia con los mismos, no existirá obligación de entrega al momento de producirse el traslado y/o cambio de domicilio de la hija menor, en atención al régimen de guarda y custodia compartida".

"En el periodo que se encuentre vigente la GUARDA y CUSTODIA, con carácter exclusivo, a favor de cualquiera de los progenitores, conforme a lo aquí solicitado, deberá acordarse lo siguiente; "El progenitor no custodio deberá contribuir, en concepto de pensión por alimentos de su hija menor, con el PAGO DE UNA PENSIÓN DE DOSCIENTOS EUROS (200,00 €) MENSUALES, que serán abonados por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que se designe a tal efecto.

"La expresada cantidad será revisada anualmente con arreglo al incremento que, en su caso, experimente el índice Nacional General del Sistema de índices de Precios al Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística u Organismo a quien corresponda, estableciéndose como bases para las sucesivas actualizaciones o revisiones, el importe de la pensión actualizada del periodo anterior y no la inicialmente fijada, de forma que el porcentaje de aumento que proceda, se aplicará sobre la cantidad total actualizada y vigente en el momento que corresponda efectuar cada nueva actualización y con los incrementos pactados. En ningún caso, se producirá actualización tomando en consideración una posible disminución del referido índice.

"Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los médicos, farmacéuticos y de hospitalización, que no se encuentren cubiertos por los correspondientes seguros médicos, y los gastos escolares, incluyéndose en estos últimos los derivados de matrículas, adquisición de libros, material escolar, uniformes y demás equipamiento escolar y/o deportivo, clases particulares, en su caso, así como los de viajes de estudios y actividades extraescolares que fueren decididas de común acuerdo o cualesquiera otro gasto que pueda tener la consideración de extraordinario, siempre que hubiere existido acuerdo entre ambos progenitores para su realización, serán satisfechos por éstos al cincuenta por ciento".

"F) No procede el abono en concepto de cargas familiares, por parte de DON Jose Manuel, de la cantidad de 259,22 €, correspondiente al crédito del que es titular DOÑA Ángela, por cuanto que dicha solicitud excede del ámbito del presente procedimiento, al no tener cabida en el mismo las relaciones económico-patrimoniales que pudieran existir entre las partes."

**1.-3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 (Almería), dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Francisca Cervantes Alarcón en nombre y representación de Ángela contra D. Jose Manuel se determina como medidas personales y de alimentos en relación con el hijo común de ambos, Celestina las siguientes.

"Patria potestad: titularidad compartida siendo ejercitada por el padre y la madre.

"Guarda y custodia: se atribuirá a la madre.

"Régimen de comunicación: El régimen de visitas consistirá el dos tardes semanales y fines de semanas alternos.

"- Las dos tardes y el horario de las mismas serán los que pacten los progenitores, recomendándose que se hiciere teniendo en cuenta el horario laboral de la progenitora. En defecto de pacto dichas tardes serán las de los días martes y jueves de la semana y con un horario de 18 a 20 horas.

"- Respecto al horario de fin de semana, será el de fines de semana alternos con derecho de pernocta, que transcurrirá desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo.

"- Vacaciones:

"Los periodos vacacionales se repartirán por mitad entre ambos progenitores.

"Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, feria de la localidad donde residan las menores y verano se repartirán por mitad eligiendo el periodo la madre los años pares y el padre los años impares en caso de desacuerdo en la elección.

- "1.-Vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: el primero desde el primer día de vacaciones hasta el día 30 diciembre; el segundo periodo, desde el día 30 diciembre al día 7 enero.
- "El progenitor que no disfrute de la compañía de la menor el día 6 de enero (Día de Reyes) podrá disfrutar de la compañía de esta desde las 18 horas y tenerla consigo hasta las 20.00 horas.
- "2.-Vacaciones de Semana Santa: se dividirán en dos periodos: el primero es de Dolores hasta el Miércoles Santo inclusive, el segundo desde el Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección.
- "3.-Vacaciones de feria de la localidad donde residan las menores:
- "Los padres se pondrán de acuerdo dependiendo del día en que al menor den las vacaciones escolares estableciéndose 2 periodos de igual extensión.
- "En los 3 casos anteriores corresponderá la madre la primera mitad de ambas y la segunda parte a padre los años pares y a la inversa los años impares.
- "4.-Vacaciones de verano: el padre podrá estar con su hija durante un mes correspondiendo Julio a la madre los años pares y al padre el mes de agosto y viceversa los años impares.
- "Las entregas y recogidas de la menor se efectuarán en el domicilio materno.
- "En concepto de pensión alimenticia para el hijo se determina la suma de €250 mensuales con fecha de efecto de 31 de julio de 2014 por ser la fecha de interposición de la demanda actualizables anualmente en octubre de cada año según la variación que experimente el IPC de los 12 meses anteriores (de septiembre a septiembre), pagaderos los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto se designe.
- "Cuando la hija menor cumpla la mayoría de edad, el padre seguirá abonando la misma pensión que ahora se pacta, adecuadamente actualizada, hasta el momento en que la misma alcance independencia económica y laboral.
- "Igualmente se abonaran el 50% de los gastos extraordinarios para cuya consideración se atenderán a los siguientes criterios orientativos: Se informa a las partes a modo orientativo que pueden entenderse como gastos ordinarios y extraordinarios:
- "Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, los de educación, incluidos los universitarios en centros públicos (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), ocio, las excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor.
- "Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, bailes, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones tales como Primera Comunión, así como los gastos de colegio/universidad privados, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares.
- "Estos gastos deben ser siempre consensuados de forma expresa y escrita para poderse compartir el gasto y a falta de acuerdo, sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para que se comparta el gasto al no revestir el carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de ello de la acción del artículo 156 del código civil, si la discrepancia estriba en si debe o no el menor realizar la actividad.
- "Se entiende por gastos extraordinarios los que tengan carácter excepcional, imprevisible, y estrictamente necesario.
- "Pueden considerarse gastos extraordinarios de educación las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento económico.
- "Pueden considerarse gastos extraordinarios médicos los odontológicos y tratamientos bucodentales incluida la ortodoncia, logopeda, psicólogo, prótesis, fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación) con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que puedan tener las partes.
- "Los gastos extraordinarios deben ser siempre consensuados y en caso de discrepancia deben ser autorizados por el juzgado, instándose acción del artículo 156 del código civil, salvo razones objetivas de urgencia.
- "El consenso debe alcanzarse de forma expresa y escrita antes de hacer el desembolso, sin embargo la atención a la peculiar naturaleza de los gastos extraordinarios, se entenderá prestada la conformidad, si requerido a tal efecto un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir un plazo de lo días hábiles sin hacer manifestación alguna.

En el requerimiento que realice el progenitor que pretende hacer el gasto, se deberá detallar cuáles es el gasto concreto que precise el hijo y se adjuntará presupuesto donde figure el nombre del profesional que lo expide.

"Los anteriores listados no tienen carácter exhaustivo.

"- Respecto a la atribución del uso de la vivienda, fue consensuado en medidas provisionales que sea el padre el que se quede con ella al vivir en la misma en régimen de arriendo y contar la progenitora con una vivienda suya en propiedad.

"No procede condena en costas."

**SEGUNDO.-1.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Jose Manuel y, sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 2018, cuyo Fallo es como sigue:

"Que DESESTIMAMOS el recurso de apelación deducido contra la Sentencia de fecha 23 de enero de 2016 dictada por la Sra. Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de N° 53 de DIRECCION000, en los autos de establecimiento de Medidas Paterno Filiales 909/2014 del que deriva la presente alzada,

"1.- CONFIRMAMOS la expresada resolución.

"2.- Sin imposición de costas en esta instancia."

**2.-1.-** En fecha 3 de abril de 2018, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"SE COMPLETA la sentencia de fecha veinte de febrero de dos mil dieciocho dictada en el Rollo de Apelación (RAC) 195/17 en los siguientes términos, manteniéndose en lo demás lo acordado en dicha resolución.

"1.-Que DESESTIMAMOS el recurso de apelación deducido por D. Jose Manuel contra la Sentencia de fecha 23 de enero de 2016 dictada por la Sra. Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de N° 3 de DIRECCION000, y

"2.- Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso deducido por Dª Ángela en los autos de establecimiento de Medidas Paterno Filiales 909/2014 del que deriva la presente alzada y acordamos:

"- Declarar que la pensión de alimentos a favor de la hija menor y a cargo del padre D. Jose Manuel sea de 300 € mensuales con fecha de efecto de 31 de julio de 2014 (fecha de interposición de la demanda), en la misma forma descrita en la sentencia recurrida y manteniendo en su integridad el resto de sus pronunciamientos.

"3.- Sin imposición de costas en esta instancia."

**TERCERO.-** El procurador don José María Saldaña Fernández, en nombre y representación de don Jose Manuel, interpuso recurso de casación por interés casacional. Esta sala dictó auto de fecha 19 de septiembre de 2018 por el que se admitió dicho recurso, que se formula por dos motivos:

1.- Por infracción del artículo 92, en sus apartados 5,6,7 y 8 del Código Civil, e infracción de los artículos 3.1. 9.1 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, y artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, así como de la jurisprudencia.

2.- Por infracción del artículo 148.1 en relación con el artículo 142 y 106.1 del Código Civil y 774.5.º LEC,

**CUARTO.-** Dado traslado a la parte recurrida, doña Ángela, se opuso al recurso mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Inmaculada Guzmán Altuna.

**QUINTO.-** No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Ángela presentó, en fecha 31 de julio de 2014, demanda sobre guarda y custodia de la hija menor nacida de su relación de pareja con don Jose Manuel, en que reclamó para sí la custodia sobre la menor Celestina, nacida el NUM001 de 2013, y las correspondientes medidas complementarias.

El demandado se opuso a que se reconociera la custodia de la madre más allá del período de lactancia, solicitando que se estableciera un régimen de custodia compartida.

Por auto de medidas provisionales de fecha 21 de enero de 2015, se acordaron como tales las siguientes: a) La custodia materna, en atención a la corta edad de la menor y el hecho de estar sujeta a lactancia, con un



amplio régimen de visitas y sin pernocta hasta que la menor cumpliera dos años; b) La fijación de una pensión de alimentos a cargo del padre de 250 euros mensuales con efectos desde el 31 de julio de 2014.

Consta informe técnico psicosocial emitido en fecha 13 de noviembre de 2015, en el que se concluye que:

"Teniendo en cuenta el interés de la menor recomendamos que sea la guarda y custodia para la progenitora hasta que la evolución del régimen de visitas sea completado y transcurridos seis meses se recomienda realizar un nuevo informe que confirme la óptima adaptación de la menor. Las visitas para el progenitor no custodio consistirán en el régimen aumentativo existente. Este régimen podrá ser revisado si las circunstancias fueran imperantes o la menor presentara problemas de adaptación"

En dicho informe se califica satisfactoriamente a ambos progenitores y, en el acto de la vista, el trabajador social precisó que el informe se había elaborado en un momento en que -debido al régimen progresivo de visitas, establecido en el auto de medidas provisionales- la menor aún no pernoctaba con el padre.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 23 de enero de 2016 en la que ratificó la custodia materna acordada en medidas provisionales y el mismo importe de pensión de 250 euros de alimentos fijado en dicho auto.

Ambos progenitores recurrieron en apelación. El padre insistió en su reclamación de custodia compartida y medidas inherentes, y la madre solicitó aumento del importe de la pensión de alimentos para la menor hasta 600 euros mensuales.

La Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, completada por auto de 3 de abril de 2018, por la que desestimó el recurso del padre, ratificando la custodia materna por considerar que la decisión de la juzgadora de primera instancia es acertada y adecuada a los intereses de la menor: i) dada su corta edad y ii) que descansa en la evaluación objetiva e imparcial emitida por el equipo técnico psicosocial adscrito al juzgado. Pone de manifiesto que, en dicho informe, se analiza la edad de la menor, la fase de lactancia recién finalizada y la falta de relación entre el progenitor y la madre con motivo de la ruptura de pareja, hasta que con motivo de los procedimientos instados, se ha regularizado la relación y visitas del padre con la menor, y concluye que: "[...] lo relevante para confirmar el régimen de custodia materno, lo es la conveniencia de un régimen paulatino que normalice las visitas y estancias de la menor con su padre con pernocta solo los fines de semana, que hasta hace muy poco, no disfrutaba".

Ante la omisión de pronunciamiento sobre la impugnación de la sentencia efectuada por la madre, ésta solicitó el oportuno complemento de sentencia y la Audiencia dictó auto que subsana dicha omisión y estima en parte el recurso de D.ª Ángela, aumentando el importe de la pensión de alimentos a 300 euros mensuales, con efectos desde el 31 de julio de 2014, fecha de presentación de la demanda.

Contra dicha sentencia recurre en casación el padre don Jose Manuel, alegando la infracción de normas aplicables y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. La recurrida, doña Ángela, se opuso a la admisión del recurso respecto de su primer motivo alegando la inexistencia de interés casacional, sin que -dada la materia de que se trata, referida al interés del menor- sus alegaciones deban dar lugar a un pronunciamiento de inadmisibilidad inicial que excluya la formulación de razonamientos de fondo, teniendo en cuenta fundamentalmente que esta sala ha reiterado que en este momento únicamente cabe apreciar causas de inadmisibilidad formales y no materiales.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos, referido a la petición de custodia compartida, alega la incorrecta interpretación del artículo 92 del Código Civil, en sus apartados 5,6,7 y 8, e infracción de los artículos 3.1. 9.1 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, y artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Alega la vulneración en el caso del principio del interés superior del menor y cita como infringida la doctrina jurisprudencial contenida en STS 182/ 2018, de 4 de abril; 11/2018, de 11 de enero; 579/2017, de 25 de octubre; 194/2016 de 29 de marzo; 585/2015, de 21 de octubre; 96/ 2015, de 16 de febrero; 257/ 2013, de 29 de abril; 757/2013, de 29 de noviembre y 762/2012, de 17 de diciembre. Considera que las razones dadas para acordar la custodia materna, se apartan de la doctrina de esta sala acerca del interés del menor, que ha de prevalecer en todo caso.

Son muy numerosas las sentencias que esta sala ha dictado para resolver sobre el establecimiento o no de un sistema de custodia compartida de los hijos menores de edad, siempre atendiendo al interés prioritario del menor; pero lógicamente cada una de ellas se refiere a la situación familiar concreta que se da en cada supuesto. De ahí que para justificar la existencia de interés casacional -imprescindible en estos casos para que el recurso pueda prosperar- no basta con alegar la parte que, según entiende por su especial valoración de las circunstancias del caso, no se ha respetado adecuadamente el interés del menor, sino que es necesario que ponga de manifiesto que el tribunal *a quo* se ha apartado de alguno de los parámetros establecidos por la jurisprudencia con carácter general para decidir sobre la cuestión.

Las especialidades del derecho de familia han llevado a la fijación de una doctrina jurisprudencial consolidada que excluye que el recurso de casación pueda convertirse en una tercera instancia así la sentencia de esta sala de 29 de marzo de 2016 (rec. 1159/2015) dice:

"[...]Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda ( SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio, 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste" ( STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

La sentencia recurrida valora el interés del menor y considera que actualmente no existen razones para variar el régimen de guarda y custodia de la menor, que ostenta la madre. El informe psicosocial -emitido ciertamente cuando la niña tenía muy poca edad- recomendaba la práctica de nuevos exámenes, que no constan realizados y que serían necesarios para poder llegar a instaurar, en su caso, el sistema de custodia compartida. Es por ello que, tanto la Audiencia como esta sala, han contado únicamente con la información emanada de aquél primer examen.

En consecuencia no cabe imputar a la sentencia recurrida las infracciones que se denuncian en el motivo, el cual ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** En el segundo motivo se alega la incorrecta interpretación del artículo 148.1 en relación con el artículo 142 y 106.1 CC y 774.5.º LEC, respecto de la fecha de devengo del incremento de la pensión de alimentos ya que, fijada ésta por auto de medidas provisionales en la cantidad de 250 euros mensuales, mediante auto de 3 de abril de 2018, que complementó la sentencia de la Audiencia Provincial, se fijó en 300 euros mensuales con efectos desde la presentación de la demanda, que lo fue el 31 de julio de 2014. Cita como infringida la doctrina contenida en las SSTS núm. 917/ 2008, de 3 de octubre; 721/2011, de 26 de octubre; 162/ 2014 de 26 de marzo; 688/ 2014 de 19 de noviembre; 389/2015 de 23 de junio y 600/2016' de 6 de octubre.

Sobre la modificación de la cuantía de los alimentos en sucesivas resoluciones, y los efectos temporales de tales modificaciones, existe doctrina reiterada de esta sala reflejada, entre otras y además de las citadas en el recurso, en sentencias más recientes. La STS núm. 483/2017, de 20 de julio, en relación con los efectos de la extinción de pensión de alimentos a favor de hijo mayor, dispone:

"En primer lugar, es doctrina reiterada de esta sala que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" ( sentencias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016). Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente."

También la reciente sentencia núm. 183/2018 de 4 de abril, con cita de la núm. 389/2015, de 23 de junio, dice:

"Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014. Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...). En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse

por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces. En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n.º 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" .....

La aplicación de la anterior doctrina determina que, en este caso, el motivo haya de ser estimado ya que la sentencia recurrida eleva la pensión de alimentos para la menor a la cantidad de 300 euros mensuales y acuerda que el efecto de dicho incremento ha de retrotraerse al momento de interposición de la demanda (31 de julio de 2014) cuando la solución seguida por la jurisprudencia de esta sala da lugar a que el incremento tenga efecto exclusivamente desde la fecha del auto de complemento de la sentencia dictada por la Audiencia, que fue el que ha dado lugar a dicha elevación (3 de abril de 2018).

**CUARTO.-** En consecuencia el recurso de casación ha de ser estimado en parte, sin que por ello proceda pronunciar condena en costas ( artículos 394 y 398 LEC) y con devolución del depósito constituido.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

## 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 parcialmente el recurso de casación interpuesto en nombre de don Jose Manuel , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª) en Rollo de Apelación n.º 195/17.

**2.º-** Casar en parte la sentencia recurrida, declarando que la fijación de la pensión alimenticia en 300 euros mensuales produce efecto desde el día 3 de abril de 2018, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos.

**3.º-** No formular condena en costas causadas por el presente recurso, con devolución del depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.