



Roj: **STS 3891/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3891**

Id Cendoj: **28079110012024100908**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2024**

Nº de Recurso: **7372/2023**

Nº de Resolución: **914/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 914/2024

Fecha de **sentencia**: **26/06/2024**

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 7372/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/**2024**

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ. SECCIÓN 2.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 7372/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 914/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a **26** de junio de **2024**.

Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Carlos , representado por la procuradora D.^a Cristina Bajo Herrera y bajo la dirección letrada de D. Fernando Bajo Herrera, contra la **sentencia** n.º 435/2023, de 20 de junio, dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz en el recurso



de apelación n.º 285/2023, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 251/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Fregenal de la Sierra. Ha sido parte recurrida D.ª Crescencia , representada por la procuradora D.ª Clara M.ª Sánchez-Arjona Sánchez-Arjona y bajo la dirección letrada de D. Ramón Pineda Núñez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Carlos interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Crescencia , en la que solicitaba se dictara **sentencia** por la que:

"se decrete el divorcio de los cónyuges, estableciendo junto a dicho pronunciamiento las medidas contenidas en el hecho séptimo [SÉPTIMO.- Medidas que junto al pronunciamiento de divorcio han de establecerse con respecto a los **menores** hijos: 1) Patria potestad y guarda y custodia de los hijos **menores** de edad: Con respecto a la patria potestad y su ejercicio: La patria potestad de los **menores** será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, de conformidad a lo establecido en los artículos 154 y 156 del Código Civil, quienes la ejercerán procurando tener siempre presente el interés de los pequeños. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a los hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los **menores** corresponde ser adoptado y decidido por ambos padres, debiendo establecer a tal fin, el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo (e-mail, whatsapp, teléfono, etc.). Ambos progenitores participarán en la toma de decisiones que afecten a sus hijos en un futuro siendo de especial relevancia y de inexcusable consenso las que supongan cambio de residencia fuera de su domicilio habitual (en cuyo caso se hace obligatorio alcanzar un acuerdo consensuado o someter este cambio a la decisión judicial) las que afecten a su ámbito escolar, o al sanitario y las relacionadas con celebraciones religiosas. Sobre esa base, ambos padres intervendrán y consensuarán las decisiones relativas al cambio de centro escolar o variación de modelo educativo. Se impone, de igual manera, la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico o psicológico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro médico. Se establece igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad los progenitores a quien le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar. Es preceptivo igualmente la aprobación de ambos progenitores sobre la salida o viajes de los hijos al extranjero. Los dos padres deberán ser informados por terceros (profesores, tutores, etc.), de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado, a cuyo fin deberá de dar **traslado** previo de la celebración de reuniones y tutorías, así como del resultado de las calificaciones académicas. De igual forma, tienen derecho a obtener información médica que afecte a sus hijos y a que se les facilite los informes que sean necesarios. La guardia y custodia de los hijos se atribuye a la madre, dado que actualmente la madre tiene su residencia en Fregenal de la Sierra (Badajoz) y el domicilio de los progenitores se encuentra en diferente localidad. Con respecto al régimen de visitas, estancias y comunicaciones se establece un régimen de visitas a favor del padre en los siguientes términos: Fines de semana alternos: Desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 18 horas cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios los hijos, se considerará éste período agregado al fin de semana y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana. Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano: -Partiendo de la base de que la duración de estas vacaciones se computará conforme a las que, durante cada año, sea la duración y fecha de las vacaciones escolares, se establece que se repartirán por mitad, y de común acuerdo entre los padres, debiendo existir una comunicación previa sobre el particular, al menos con un mes de antelación. En caso de que no se alcanzase acuerdo, se estará al siguiente calendario: Vacaciones de Navidad: Los años impares la madre tendrá a los hijos en la primera mitad, que corresponde desde las 17:00 horas del primer día de vacaciones hasta las 17:00 horas del día 30, y el padre desde esa fecha y hora hasta el último día de vacaciones a las 17:00 horas; al año siguiente se distribuirán las vacaciones a la inversa. Vacaciones de Semana Santa. -Los años pares el padre tendrá a los hijos desde las 17:30 horas del primer día de vacaciones hasta las 17:30 horas del Miércoles Santo, y la madre desde esa fecha y hora hasta el último día de vacaciones; al año siguiente se distribuirán estas vacaciones a la inversa. Vacaciones de Verano. -Se establece que este período comprenderá los meses de julio y agosto. Estas vacaciones se distribuirán en dos períodos: a) Primer período: Primera quincena de Julio y primera quincena



de agosto. Desde el día 1 de Julio a las 11:00 horas hasta el día 16 a las 18:00 horas, y desde el día 1 de agosto a las 11:00 horas hasta el día 16 de agosto a las 18:00 horas. b) Segundo período: Segunda quincena de julio y segunda quincena de agosto. Del día 16 de julio a las 18:00 horas hasta el día 1 de agosto a las 11:00 horas, y desde el día 16 de agosto a las 18:00 horas hasta el día 1 de septiembre a las 11:00 horas. Corresponderá el primer período a la madre y el segundo al padre en los años impares, y a la inversa en los años pares. Además, ambos progenitores se comprometen a la entrega del documento de identidad de los **menores**, así como la respectiva tarjeta sanitaria, cuando se produzca el cambio en las estancias vacacionales y/o régimen de visitas que se establezca, como cualquier otra documentación que pudiera necesitar a la hora de cumplir con las necesidades y el cuidado de los hijos. En las entregas y recogidas, el padre recogerá en el domicilio materno a los **menores** hijos el día que toque visita o estancias y la madre se encargará de recogerlas cuando este finalice en el domicilio paterno, sufragando así los gastos de desplazamiento al 50% entre ambos progenitores tal y como establece la doctrina del TS. 2).- PENSION DE ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS: El padre abonará la cantidad de 600 € mensuales en concepto de alimentos para los **menores** hijos (300 € por hijo), cantidad que será ingresada en la cuenta que a estos efectos designe la madre dentro de los 5 primeros días de cada mes. Esta cantidad será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. Al margen de lo anterior, serán por cuenta de ambos progenitores al 50%, los gastos de naturaleza extraordinaria que se puedan devengar puntualmente y que no tengan carácter periódico; gastos de ortodoncia u otros gastos de naturaleza médica por tratamientos no cubiertos por la Seguridad Social o Cía. Médica a la que pudieran pertenecer los progenitores. La decisión al respecto de lo anterior deberá serlo por acuerdo previo de ambos progenitores en el que deberá tenerse presente siempre el interés de los hijos. En caso de discrepancia se podrá acudir al auxilio judicial en orden a determinar la procedencia del gasto y su carácter extraordinario y, en consecuencia, la obligatoriedad de su pago por el progenitor discrepante. Aquel de los progenitores que realice un gasto extraordinario sin el consentimiento del otro, abonará a sus expensas el importe que se origine. Comunicaciones telefónicas. - Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con sus hijos con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de los **menores**, y para el caso de que por vacaciones o en los fines de semana se marcharan fuera de su lugar de residencia habitual, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que efectúen las pertinentes llamadas telefónicas. 3).- ATRIBUCION DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR: Se atribuye el inmueble familiar al Sr. Carlos , y a la madre la otra vivienda ganancial sita en DIRECCION000 en Fregenal de la Sierra (Badajoz), vivienda que actualmente es la que viene ocupando. Esta atribución será temporal hasta la efectiva liquidación de los bienes gananciales. La vivienda sita en Córdoba está gravada con un préstamo hipotecario, al igual que la vivienda sita en Fregenal de la Sierra. Al margen de lo anterior, ambos progenitores sufragarán al 50% todos los gastos inherentes a las mencionadas viviendas, esto es, hipotecas, IBI, Seguros de Hogar, comunidad, etc. Siendo de exclusivo abono por cada uno de ellos el gasto derivado de los suministros de agua y luz de las viviendas que ocupen]".

En dicha demanda se acompañó solicitud de medidas provisionales.

2. La demanda fue presentada el 18 de octubre de 2021 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba, fue registrada con el n.º 1071/2021. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D.ª Crescencia presentó escrito planteando declinatoria por falta de competencia territorial de ese Juzgado, que fue resuelta mediante auto de 3 de diciembre de 2021, en cuya parte dispositiva se acordó que la competencia para el conocimiento tanto del procedimiento principal de divorcio como para las medidas provisionales, correspondía al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción único de Fregenal de la Sierra.

4. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

5. D.ª Crescencia contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se decretara la disolución por divorcio del matrimonio formado en su día por el referido actor y D.ª Crescencia y las medidas definitivas que a continuación se proponen:

"A) Que queden definitivamente revocados los consentimientos y poderes que se hubieren otorgado los cónyuges, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro, y quedando disuelta la sociedad conyugal de gananciales por la que se regía el matrimonio.

"B) Se adjudique a la esposa y a los hijos **menores** el uso de la vivienda sita en Fregenal de la Sierra, DIRECCION000 , así como el uso del ajuar y mobiliario existente en la misma.

"C) Los hijos del matrimonio, **menores** de edad, continuarán bajo la patria potestad de ambos cónyuges, si bien quedarán bajo la guarda y custodia de la madre con quien continuarán residiendo en la vivienda familiar.



"D) El padre podrá estar en compañía de sus hijos **menores** de edad, en fines de semana alternos, coincidentes estos con los fines de semana de descanso de guardia de la progenitora custodia, en horario que deberá ir desde las 17:00h. del viernes que corresponda hasta las 18:00 h. del domingo correspondiente, siendo siempre el padre el que efectúe las recogidas y entregas de los **menores** en el domicilio materno.

"En cuanto al régimen de comunicaciones, el padre podrá comunicar telefónicamente con los **menores** una vez al día, en horario vespertino que no perturbe las actividades ni el descanso de los niños. Igual derecho corresponderá a la madre cuando los niños estén en compañía del padre.

"Las Vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, uno desde el día 24 al 30 de diciembre, ambos inclusive, y otro desde el 31 de diciembre al 6 de enero ambos inclusive. El reparto de estos periodos entre los progenitores se hará por acuerdo entre ellos en atención a sus respectivas obligaciones profesionales y periodos vacacionales, tratando de conciliar estos con la compañía de los **menores**; en igualdad de situaciones y a falta de acuerdo, en los años pares los **menores** pasarán el primer periodo con el padre y el segundo con la madre, y en los años impares al contrario; dada la particularidad de este periodo vacacional que incluye siempre dos años distintos, a efectos de computar el año par o impar, se tendrá en cuenta el año correspondiente al mes de diciembre.

"Las Vacaciones de Semana Santa, se dividirán por mitad conforme a la duración de estas a efectos escolares, formándose así dos periodos que los progenitores acordarán adjudicarse en atención a sus respectivas obligaciones profesionales y periodos vacacionales, tratando de conciliar estos con la compañía de los **menores**; en igualdad de situaciones y a falta de acuerdo, los **menores** estarán el primer periodo en compañía del padre y el segundo con a madre, y en los años impares al contrario.

"Respecto a las Vacaciones escolares de Verano, comprenderán los meses de julio y de agosto de cada año y se dividirán en cuatro periodos quincenales, alternándose estos por acuerdo de los progenitores en atención a sus respectivas obligaciones profesionales y sus periodos vacacionales, tratando de conciliar estos con la compañía de los **menores**; en igualdad de situaciones y a falta de acuerdo, los **menores** estarán en compañía del padre durante las primeras quincenas de julio y agosto en los años pares y durante las segundas con la madre, y en los años impares al contrario.

"E) En concepto de cargas familiares y alimentos a favor de los hijos del matrimonio, D. Carlos abonará la cantidad de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €) mensuales, a razón de 750 € por cada uno de ellos, suma que hará efectiva, anticipadamente, entre los días 1 al 3 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria núm. NUM000 titularidad de la Sra. Crescencia , o en la cuenta que en el futuro le sea designada por esta a tal efecto.

"La expresada pensión será objeto de revisión automática en la fecha en que se cumpla cada anualidad de vigencia de esta medida, incrementándose en la misma proporción en que lo haga el I.P.C. que determine el Instituto Nacional de Estadística y Organismo que haga sus veces, tomándose para el cálculo el IPC anual correspondiente al mes inmediato anterior al que haya que practicarse la actualización.

"F) Los Gastos Extraordinarios de los hijos, que serán determinados judicialmente a falta de expreso acuerdo o reconocimiento escrito de los padres, serán sufragados al sesenta y cinco por ciento por el padre y al treinta y cinco por ciento por la madre en atención a sus diferentes posibilidades económicas.

"G) La Sra. Crescencia , previo aviso con 48 h de antelación mínima podrá retirar de la vivienda en Córdoba, en DIRECCION001 por sí misma y/o por familiar designado al efecto, todas sus ropas, enseres de uso personal y muebles propios y de los **menores** que aún permanecen en esa vivienda.

"H) Se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta con motivo de la declaración de divorcio, bien por acuerdo de los interesados o, en otro caso, conforme a las normas que resulten de aplicación del Código Civil y por el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En el "Primer Otrosí digo" formula demanda reconventional en la que termina suplicando que se dicte **sentencia** mediante la que:

"se declare extinguida la comunidad existente entre D. Carlos y Dña. Crescencia sobre la finca relacionada y descrita en el hecho primero de este escrito y resultando esta indivisible, ante la falta de acuerdo unánime de adjudicación a uno de los ahora condóminos, que se ordene proceder a su venta en pública subasta, con intervención de licitadores extraños que no excluya la de los propios condóminos, previa tasación de la finca conforme a su valor de mercado y establecimiento de las condiciones de la subasta en periodo de ejecución de **sentencia**: repartiéndose el precio que se obtenga por mitad entre ambos copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas de participación; con imposición al demandado de las costas causadas en caso de oposición".



6. D. Carlos presenta escrito contestando a la demanda reconvenicional planteada de contrario en la que solicitaba se dictara resolución:

"por la que dando conformidad a la división de cosa común del inmueble sito en la localidad de Córdoba, la venta se lleva a efecto tras obtener una valoración del inmueble y realizar su venta de común acuerdo por ser la fórmula más beneficiosa para ambos propietarios".

7. Con fecha 27 de septiembre de 2022, se dictó decreto que da por terminado el procedimiento de la anterior demanda reconvenicional interpuesta por D.^a Crescencia contra D. Carlos, por haberse satisfecho extraprocesalmente la misma.

8. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fregenal de la Sierra dictó **sentencia** de fecha 21 de octubre de 2022, con el siguiente fallo:

"ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Cristina Bajo Herrera en representación de Carlos frente a Crescencia, decretando la disolución del matrimonio de ambos por causa de divorcio con todos los efectos inherentes a dicha declaración y fijar las siguientes medidas:

"Se atribuye la guarda y custodia de los **menores** a la madre, siendo compartido el ejercicio de la patria potestad.

"Se atribuye a la madre y a los **menores** el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la DIRECCION000 de Fregenal de la Sierra.

"Se establece una pensión de alimentos a cargo del padre de mil euros mensuales (1.000 euros) que habrán de ser abonados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la madre designe y que estarán sujetas a las variaciones al alza que experimente el IPC. Los gastos extraordinarios serán abonados al 50% por cada progenitor previa justificación de los mismos.

"Se fija la obligación de cada una de las partes de abonar los gastos de suministros (agua, luz ...) de la vivienda que estén ocupando, así como la de abonar los gastos de la misma (hipoteca, Ibi, seguro de hogar) al 50%.

"Se amplía el régimen de visitas correspondiente al periodo estival de modo que el periodo que corresponde desde la salida del colegio a la primera quincena de julio se adiciona a esta estando los **menores** con el progenitor a quien correspondiera tal quincena. Del mismo modo, el periodo correspondiente a la segunda quincena de agosto se amplía hasta el día anterior a la vuelta al colegio.

"Se acuerda que el régimen de visitas se desarrolle de modo que sea el progenitor no custodio quien recoja los viernes a los **menores** en el domicilio materno a las 19 horas y sea la madre quien los domingos los recoja en el domicilio del padre en Badajoz a las 18 horas.

"Se impone al padre la obligación de incluir a sus dos hijos **menores** en su seguro sanitario de conformidad con lo establecido en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

"Todo ello sin imposición de costas procesales".

9. Ambas partes, a través de sus respectivas representaciones procesales, presentaron escritos solicitando la rectificación, aclaración y complemento de la anterior **sentencia**, por lo que se dictó auto de fecha 14 de noviembre de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

"En primer lugar se fijan las visitas consistentes en que el padre estará con sus hijos fines de semana alternos - como ya se había establecido en el Auto de medidas - recogidos en el domicilio de la madre los viernes a las 19 horas en el domicilio materno y la madre los recogerá en Badajoz los domingos a las 18 horas.

"ACCEDER parcialmente a la solicitud formulada por la Procuradora Clara María Sánchez- Arjona Sánchez-Arjona en representación de Crescencia y por la Procuradora Cristina Bajo Herrera en representación de Carlos de aclaración y complemento de la **sentencia** de fecha 21 de octubre de 2022 en el sentido de añadir a la misma los siguientes pronunciamientos:

"El régimen de visitas del padre con sus hijos se fija del siguiente modo:

"En cuanto a las vacaciones quedarán fijadas como se estableció en el Auto de aclaración de las medidas provisionales con la precisión efectuada en la vista principal del modo siguiente:

"Vacaciones de Semana Santa: estarán divididas en dos periodos siendo el primero a la salida del centro escolar hasta el miércoles de Semana Santa a las 20 horas y el segundo, desde ese momento hasta el domingo anterior al inicio del periodo escolar a las 20 horas.



"Vacaciones de Navidad: estarán divididas igualmente en dos períodos. El primero de ellos desde la salida del colegio hasta el 31 de diciembre a las 12 de la mañana y el segundo desde ese momento hasta el día anterior al inicio del período escolar a las 20 horas.

"Vacaciones de verano: se dividirán los meses de julio y agosto en quincenas disfrutando cada progenitor de sus hijos en quincenas alternativas siendo la recogida a las 12 de la mañana del día correspondiente y las entregas a las 20 horas del último día. Respecto a estos periodos se acuerda la ampliación del periodo estival de modo que el periodo que corresponde desde la salida del colegio a la primera quincena de julio se adiciona a este, estando los **menores** con el progenitor a quien correspondiera esa quincena. De igual modo, el periodo correspondiente a la segunda quincena de agosto se amplía hasta el día anterior a la vuelta del colegio.

"En cuanto a los puentes: si bien nada se precisó en la vista, los mismos corresponderán al progenitor con quien los **menores** estuvieren disfrutando el fin de semana al que corresponda dicho puente.

"En lo relativo a los días festivos, habida cuenta de la distancia existente entre los respectivos domicilios, no se efectúa pronunciamiento alguno entendiéndose que caso de que esos días no coincidan con un puente añadido a un fin de semana, el desplazamiento de los **menores** no resultará adecuado. Ello sin perjuicio claro está, de los acuerdos a que en su caso pudieran llegar los progenitores.

"La elección de los periodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

"En cuanto al régimen de comunicaciones, como también se dijo en el Auto de medidas, el padre podrá comunicar telefónicamente con los **menores** una vez al día, en horario vespertino que no perturbe las actividades ni el descanso de los niños. Igual derecho corresponderá a la madre cuando los niños estén en compañía del padre.

"DENEGAR la solicitud formulada por la Procuradora Clara María Sánchez-Arjona Sánchez-Arjona en representación de Crescencia y por la Procuradora Cristina Bajo Herrera en representación de Carlos de aclaración y complemento de la **sentencia** de fecha 21 de octubre de 2022 en las restantes peticiones".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La **sentencia** de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Carlos y D.^a Crescencia .

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, que los tramitó con el número de rollo 285/2023 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó **sentencia** en fecha 20 de junio de 2023, con el siguiente fallo:

"Que, estimando como estimamos parcialmente, el recurso de apelación deducido por la representación procesal de don Carlos , así como también parcialmente, el recurso de apelación interpuesto por la de la Sra. Crescencia , ambos contra la **sentencia** número 46/2022 de 21 de octubre complementada por auto de 14/11/2022, dictada por el Juzgado de Primera instancia número 1 de Fregenal de la Sierra en el divorcio número 251/2021, en el único sentido de señalar como pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio 1200€ para ambos hijos; se deja sin efecto la obligación del progenitor no custodio de incluir a sus hijos en su tarjeta sanitaria y como régimen de visitas de fines de semanas alternos, se fija la recogida de los **menores**, los viernes a la salida del colegio y el reintegro a su domicilio en Fregenal los domingos a las 18:00 h. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la **sentencia** apelada.

"No se imponen las costas en esta alzada...".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. D. Carlos interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- De conformidad con el artículo 469.1.4) de la LEC por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española tutela judicial efectiva, al existir un error patente y arbitrario en la valoración realizada por la **sentencia** recurrida que comporta una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción del art. 90 y 91 del Código Civil y el art. 39 de la CE, y jurisprudencia que lo desarrolla, habiendo determinado un modelo de entrega y recogida de los **menores** que no comparece con la efectiva distribución equitativa de las cargas, todo ellos en contra de la doctrina jurisprudencial, invocando las **sentencias** del Tribunal Supremo 289/2014, de 26 de mayo, 676/2017, de 15 de diciembre y 158/2018, de 21 de marzo".



2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de febrero de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por Don Carlos contra la **sentencia** dictada con fecha de 20 de junio de 2023 por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) en el rollo de apelación n.º 285/2023 dimanante del procedimiento n.º 251/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fregenal de la Sierra".

3. Se dio **traslado** a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 10 de **mayo** de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de junio de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación se denuncia la infracción de los arts. 90 y 91 CC y 39 CE por entender que la **sentencia** recurrida conculca la doctrina de la sala sobre reparto equitativo de cargas en el cumplimiento del régimen estancias de los niños y visitas del padre.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

El 18 de octubre de 2021, el Sr. Carlos presentó contra la Sra. Crescencia demanda de divorcio del matrimonio celebrado el 31 de agosto de 2019 en Fregenal de la Sierra (Badajoz) y solicitud de medidas respecto de los hijos comunes del matrimonio, Paula, nacida el NUM001 de 2014, y Candido, nacido el NUM002 de 2019.

El Sr. Carlos solicitó en su demanda que se atribuyera a la madre la custodia de los niños, dado que la madre tenía su residencia en Fregenal de la Sierra (Badajoz) y el domicilio de los progenitores se encuentra en diferente localidad.

También solicitó que, además de un reparto del tiempo de estancia correspondiente a las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, se estableciera un sistema de estancia y visitas con el padre de fines de semana alternos desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 18 horas. Se solicitaba que se estableciera que, "en las entregas y recogidas, el padre recogerá en el domicilio materno a los **menores** hijos el día que toque visita o estancias y la madre se encargará de recogerlas cuando este finalice en el domicilio paterno, sufragando así los gastos de desplazamiento al 50% entre ambos progenitores tal y como establece la doctrina del TS".

Al contestar a la demanda, la Sra. Crescencia solicitó que, dado que la estancia y visitas del padre tenían lugar en Badajoz y que cuando tenía que volver los domingos a Córdoba (de cuya Audiencia Provincial era magistrado), el padre tenía que pasar por la localidad de Fregenal, que se fijara que fuera el padre quien también los dejara en el domicilio materno.

La **sentencia** del juzgado rechazó la petición de la madre razonando que, "con independencia de los acuerdos a que pudieran llegar las partes en este sentido, con una sencilla visualización del mapa en que se recoge el camino de Córdoba a Badajoz se evidencia que no hay que pasar por Fregenal de la Sierra. En consecuencia y en aplicación del criterio jurisprudencial anterior, no concurriendo ninguna circunstancia excepcional que haga preciso un pronunciamiento distinto, no puede accederse a lo solicitado de manera que las entregas de los **menores** se llevarán a cabo en Fregenal de la Sierra cuando el padre vaya a por ellos, siendo la madre quien los recoja en Badajoz".

La **sentencia** del juzgado fue recurrida en apelación por las dos partes. Por lo que aquí interesa, la madre solicita que el padre reintegre a los niños el domingo en el domicilio materno. El padre se opuso argumentando que la distancia entre Córdoba y Fregenal de la Sierra suponía un viaje de cerca de tres horas por una carretera secundaria.

La Audiencia estima la pretensión de la madre con apoyo en las siguientes consideraciones: "En lo que toca al pronunciamiento sobre régimen de visitas en fines de semana alternos, se constata que la circunstancia del **traslado** del apelante, desde la Audiencia Provincial de Córdoba a la de Badajoz (Sección 3ª) tiene que afectar a ese régimen pues los desplazamientos ya no exigirán tanto tiempo, de manera que puede mantenerse que, continuando la alternancia de fines de semana ahora la recogida de los **menores** en los viernes, coincida con



la salida del colegio, para ser trasladados por el padre hasta Badajoz y reintegrados al domicilio en el que conviven con la madre, a las 18:00 h del domingo".

El Sr. Carlos interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

La Sra. Crescencia se ha opuesto a ambos recursos. El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso extraordinario por infracción procesal y ha apoyado el recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la vulneración del art. 24.1 CE tutela judicial efectiva, por entender el recurrente que existe un error patente y arbitrario en la valoración realizada por la **sentencia** recurrida que comporta una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

En su desarrollo argumenta que los domicilios que se tuvieron en cuenta en primera instancia fueron Badajoz para el padre y Fregenal de la Sierra para la madre y que la Audiencia, sin motivación y con error patente en la valoración de la prueba altera el reparto de cargas obligando al recurrente a hacer cuatro viajes de 97 km., eximiendo en cambio a la madre de la participación en las cargas.

TERCERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se desestima porque, además de acumular con defectuosa técnica dos infracciones diferentes como si fueran la misma cosa, ni hay falta de motivación ni hay error patente y arbitrario en la valoración de la prueba.

Como recuerda la **sentencia** 747/2022, de 3 de noviembre, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión contenida en ellas y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (con cita, por todas, de la **sentencia** 108/2022, de 14 de febrero).

La motivación exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión. En el caso aunque sea escueta hay motivación, pues la **sentencia** se basa en su decisión en el cambio de destino del recurrente que da lugar a que en los desplazamientos ya no deba emplear tanto tiempo, lo que le sirve para establecer que, a cambio, sea él quien reintegre a los niños los domingos al domicilio de la madre. Puede que este razonamiento no se ajuste a los criterios que ha mantenido la jurisprudencia de la sala, pero ello debe combatirse en el recurso de casación.

Tampoco hay un error patente de la valoración de la prueba.

Son reiteradas las ocasiones en las que hemos señalado que los recursos extraordinarios no abren una tercera instancia, dado que la casación exige el respeto a los hechos probados de las **sentencias** dictadas en apelación, y el recurso por infracción procesal no contempla, entre sus motivos tasados, el error valorativo de la prueba. Únicamente, de manera excepcional, cabe abordar el control de la valoración de las pruebas practicadas en los supuestos en los que se incurra en errores fácticos patentes y manifiestos, de constatación objetiva y trascendencia acreditada, atentatorios del canon de racionalidad que ha de presidir cualquier decisión judicial. Posibilidad que encuentra amparo legal en el art. 469.1.4.º LEC, que recoge, como concreto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la vulneración en el proceso civil de lo dispuesto en el art. 24 CE (entre otras muchas, y reproduciendo la doctrina de la sala, **sentencias** 706/2021, de 19 de octubre, 59/2022, de 31 de enero, 403/2022, de 18 de **mayo**).

En este caso el recurrente no denuncia ningún error patente y se limita a discrepar de la valoración jurídica que la **sentencia** recurrida lleva a cabo de los hechos, y esa valoración se puede impugnar en el recurso de casación, como hace el propio recurrente, pero no en el recurso por infracción procesal.

Recurso de casación

CUARTO.- El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 90 y 91 CC y del art. 39 CE y jurisprudencia que los desarrolla, por entender el recurrente que la Audiencia Provincial ha determinado un modelo de entrega y recogida de los **menores** que no compadece con la efectiva distribución equitativa de las cargas. Para justificar el interés casacional cita las **sentencias** del Tribunal Supremo **289/2014**, de **26 de mayo**, 676/2017, de 15 de diciembre, y 158/2018, de 21 de marzo.

En su desarrollo alega que, sin argumentar los motivos, y en contra de la doctrina de la sala, se ponen de cargo del padre todos los desplazamientos para hacer efectivo el derecho de visitas.

El motivo, por lo que decimos a continuación, va a ser estimado.

QUINTO.- El art. 94 CC encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del **menor**, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del **menor**, ponderándolo con el de

sus progenitores que, aun siendo de **menor** rango, no resulta por ello desdeñable (**sentencia** de la sala primera del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 94 CC, que debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del **Menor**.

No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados. Como ha advertido esta sala, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el **menor**, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del **menor** (**sentencias** 289/2014, de 26 de mayo, 685/2014, de 19 de noviembre y 565/2016, de 27 de septiembre, seguidas de otras posteriores).

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art. 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurren: la edad del **menor**, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el **menor** -solo o acompañado- o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del **menor**. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva a la efectividad del derecho de visitas, se encuentra el del esfuerzo personal y los gastos de **traslado** necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al **menor**, pues se trata de favorecer y no obstaculizar el derecho de visitas. De allí que, como declara la doctrina contenida en las **sentencias** citadas de esta sala, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del **menor** y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al **traslado**, lo que redunda también en el prevalente interés del **menor** en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.

Partiendo de estos dos principios, interés del **menor** (art. 39 de la Constitución, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del **Menor**, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas.

La **sentencia** 289/2014, de 26 de mayo, a partir de los principios generales de interés del **menor** y contribución equitativa a los gastos elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los **traslados** derivados del ejercicio del derecho de visita y el reparto equitativo de cargas. La doctrina de la sala es:

"para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al **menor** del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del **menor** y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al **menor** del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del **menor** y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables".

Esta doctrina ha sido reiterada, tanto cuando se desplaza el niño como cuando se desplaza el progenitor no custodio, en las **sentencias** 536/2014, de 20 de octubre, 685/2014, de 19 de diciembre, 748/2014, de 11 de diciembre, 529/2015, de 23 de septiembre, 664/2015, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre, 301/2017, de 16 de mayo, 470/2017, de 19 de julio, 676/2017, de 15 de diciembre, 158/2018, de 21 de marzo, 482/2018, de 23 de julio, y 403/2022, de 18 de mayo.

SEXTO.- En el caso que juzgamos no se discute que los niños se desplacen desde Fregenal de la Sierra, donde viven con la madre custodia, hasta Badajoz, donde reside el padre desde su **traslado** a la Audiencia Provincial de Badajoz, lo que ha tenido lugar durante el curso de este procedimiento.

La Audiencia considera que este cambio debe repercutir en los desplazamientos para hacer efectivas las visitas porque el padre, que antes estaba destinado en Córdoba, aunque tenía casa en Badajoz, donde desde



el primer momento se cumplió el régimen de estancias y visitas con el padre, tiene que hacer ahora menos kilómetros.

El resultado de este razonamiento es que la **sentencia** recurrida pone a cargo del padre tanto los desplazamientos para recoger a los niños en el domicilio de la madre como los desplazamientos para reintegrarlos, lo que si no está justificado por las concretas circunstancias concurrentes del caso, se aleja de la doctrina de la sala, pues no es respetuoso con el principio equitativo de las cargas.

Ambos progenitores son profesionales, la diferencia de sus ingresos, como señala la propia **sentencia** recurrida, no es "radicalmente sustancial", y no se fija a cargo del padre una pensión de alimentos **menor** atendiendo al dato de que asuma los desplazamientos. En suma, no se invoca ningún argumento que justifique que el padre deba asumir un mayor esfuerzo para hacer efectivo, en interés de los niños, el régimen de estancias y visitas fijado.

Como señala el Ministerio Fiscal, en criterio que compartimos, no se aprecia que la **sentencia** recurrida valore circunstancia alguna que justifique apartarse del criterio de contribución equitativa de los dos progenitores establecido con carácter principal por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, criterio que sí que fue seguido en la **sentencia** de primera instancia y que consideramos que es el que debe establecerse, toda vez que los dos progenitores cuentan con medios económicos suficientes y la distancia entre las poblaciones (unos 200 kilómetros si se suma la ida y la vuelta) es lo suficientemente grande como para que el **traslado** suponga un esfuerzo relevante, en atención a sus ingresos más personal que económico, si es asumido en exclusiva por uno de ellos. Finalmente, como advierte el fiscal, aunque la madre alude a la eventual dificultad que para su desplazamiento podría derivar del hecho de servir en un juzgado único, tal alegación se hace de modo genérico sin razonar ni explicar su verdadera incidencia, lo que hace que no pueda tomarse en consideración a los efectos que pretende de eximirle de los **traslados** para ir a recoger a sus hijos.

Por ello, de acuerdo con lo razonado, casamos la **sentencia** en el extremo referido a la recogida y entrega de los niños, y confirmamos el criterio de la **sentencia** del juzgado de primera instancia sobre este particular, que estableció que el padre recogiera los viernes a los **menores** en el domicilio materno a las 19 horas y la madre los recogiera los domingos en el domicilio del padre en Badajoz a las 18 horas.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso por infracción procesal determina la imposición de costas al recurrente. La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso. Se mantiene la no imposición de costas de las instancias.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Carlos contra la **sentencia** dictada con fecha de 20 de junio de 2023 por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) en el rollo de apelación n.º 285/2023 dimanante del procedimiento n.º 251/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fregenal de la Sierra.

2.º- Casar la mencionada **sentencia** en el único extremo referido a la recogida y entrega de los niños, y confirmar el criterio de la **sentencia** del juzgado de primera instancia sobre este particular, que estableció que el padre recogiera los viernes a los **menores** en el domicilio materno a las 19 horas y la madre los recogiera los domingos en el domicilio del padre en Badajoz a las 18 horas.

3.º- Imponer al recurrente las costas del recurso por infracción procesal y se ordena la pérdida del depósito constituido. No imponer las costas del recurso de casación y se ordena la devolución del depósito constituido. Se mantiene la no imposición de costas de las instancias

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.