



AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942357123
Fax.: 942357142
Modelo: AP004

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000200/2016**
NIG: 3907542120140004501
Resolución: Sentencia 000310/2016

Familia. Modificación medidas supuesto contencioso 0000303/2014 - 00
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante		JOSÉ MIGUEL ARAUJO SIERRA
Apelado		RAUL VESGA ARRIETA

SENTENCIA nº 000310/2016

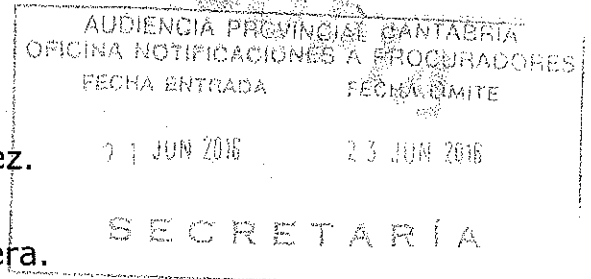
Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.



=====
=====

En la Ciudad de Santander, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio verbal, núm.303/14, Rollo de Sala núm. 200 de 2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander, seguidos a instancia de don [redacted] contra doña [redacted], con la intervención del Ministerio Fiscal.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante doña [redacted], representado por el Procurador Sr. Araujo Sierra y defendido por el Letrado Sr. San Miguel Laso; y apelada don [redacted], representado por el Procurador



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Sr. Vesga Arrieta y defendido por el Letrado Sr. Fernández Cobo.
Con la intervención del Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D.
José Arsuaga Cortázar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm.11 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 3 de noviembre de 2015 Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por D. [redacted] frente a DÑA. [redacted]

, debo modificar las medidas aprobadas por la sentencia reguladora de las relaciones paternofiliaes, dictada por este Juzgado el 27 de junio de 2010, en los autos nº 368/11, relativas al ejercicio de la patria potestad, modelo de guarda y custodia del hijo menor, 9 comunicaciones y estancias, pensión de alimentos y contribución a los gastos extraordinarios del citado, que con efectos desde el mes de enero de 2016 será el siguiente:

I.- El ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, exigirá la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, a título meramente indicativo, cualesquiera cuestiones relativas al cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales, elección inicial o cambio de centro escolar; determinación de las actividades extraescolares o complementarias; celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones); actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración, o, psicológico, etc. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial. II.- La guarda y

custodia del hijo menor , será ejercida por ambos progenitores de forma compartida, mediante períodos de alternancia semanal. Durante el periodo escolar: El menor será recogido por el progenitor cuya estancia le haya sido asignada a la salida del colegio el lunes, permaneciendo en su compañía hasta el siguiente lunes a la entrada del centro escolar. Verificándose las entregas y recogidas del menor en ambos casos en el centro escolar. De concurrir puente escolar o resultar el lunes no lectivo, la entrega o recogida del menor se realizará en el centro escolar en el primer día lectivo hábil. III.- Citado régimen resultará alterado durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, según el calendario escolar del menor, períodos en los que la convivencia con los progenitores se distribuirá por mitad en cada uno de los periodos, con alternancia anual, de tal forma que, en defecto de acuerdo, corresponderá a la madre la primera mitad del período los años pares, y, al padre la segunda, y, a la inversa en los años impares, esto es, el padre permanecerá en compañía del menor la primera mitad del periodo durante los años impares y la madre la segunda mitad, con las especialidades siguientes:.- Las vacaciones de Navidad, incluidas las del presente año 2015, se dividirán en dos períodos, el primero que se desarrollará desde el último día lectivo a la salida del colegio, siendo recogido en el centro escolar por el progenitor a quien correspondiere su estancia, familiar o allegado por él designado, hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas, y, el segundo desde citada fecha y hora hasta el primer día lectivo, con entregas y recogidas del menor en el domicilio del progenitor en cuya compañía se hallare durante el período no escolar.- El día 6 enero, cumpleaños del menor, paterno o materno, día del padre o de la madre, el menor permanecerá en compañía del progenitor no ejerciente de labores parentales, en cualquier caso, desde las 17:00 hasta las 20:00 horas, siendo recogido y reintegrado por el citado, familiar o allegado con quien se hallare, en el domicilio del



otro progenitor..- Las vacaciones estivales, se distribuirán en seis períodos, el primero se desarrollará desde la conclusión de la actividad lectiva hasta el día 30 de junio,10 quedando el menor en compañía del progenitor a quien no le corresponda la estancia durante la quincena siguiente. El 2º a 4º se desarrollará durante los meses de julio y agosto, y se distribuirán en períodos de estancia quincenal alterna, y el último coincidente con los días del mes de septiembre previos al inicio de la actividad lectiva, durante los cuales el menor quedará en compañía del progenitor que no hubiere compartido con el citado la última quincena de agosto, verificándose las entregas y recogidas en el domicilio del progenitor en cuya compañía se hallare..- El menor deberá ser entregado con sus enseres personales, su documentación personal (DNI y pasaporte), material escolar, así como la medicación que, en su caso, precisare, y en general los equipamientos necesarios para la práctica de sus actividades deportivas y/o extraescolares y, los objetos de uso personal que pueda precisar durante el régimen de comunicación..- Ambos progenitores facilitarán la comunicación telefónica o telemática diaria del progenitor no ejerciente de la guarda y custodia con el menor, con libertad horaria, siempre que no perturbe su descanso o actividad escolar o extraescolar, y en defecto de acuerdo de 20:00 a 20:30 horas. De igual modo, vendrán obligados a comunicar al otro, cualquier incidencia relevante del menor que se produzca durante el tiempo de ejercicio de las labores de guarda..- Si por motivo de enfermedad o por otra causa grave y justificada no pudiera cumplirse el régimen expuesto en los días y horarios previstos, se preavisará al otro progenitor al menos con una antelación de 48 horas y se le repondrá en las labores de guarda en cuanto resulte medicamente recomendado su traslado..- Si a consecuencia de una enfermedad o accidente el menor se hallare hospitalizado, podrá ser visitado en cualquier momento por sus familiares maternos y paternos, sin más



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

restricciones que las que estableciere el centro hospitalario donde se hallare. IV.- En todo caso, **se prohíbe a ambos progenitores ejecutar acciones, o, proferir expresiones o comentarios que perjudiquen, menoscaben o interfieran de forma directa o indirecta en la relación materno/paterno-filial.**

Se declara el imperativo deber de ambos progenitores de someterse de forma inmediata tras la comunicación de la presente resolución, a terapia familiar, a desarrollar en el Centro de Orientación Familiar de Santander, sito en la C/ de nº de esta ciudad, (), al que se remitirá atento oficio al respecto, destinado a corregir la alta conflictividad entre los citados, y, ser orientados sobre la forma responsable y consensuada de adoptar decisiones futuras respecto a su hijo menor . A cuyo efecto, se recabarán informes periódicos sobre su evolución, duración y cumplimiento, al objeto de introducir en fase de ejecución de la presente resolución las medidas correctoras oportunas en orden a garantizar la efectiva impartición de la terapia y aplicación de las medidas propuestas. Por último, **se exhorta a ambos progenitores a fin de que presten su máxima colaboración para que el plan de parentalidad expuesto se cumpla con la normalidad deseable, teniendo en cuenta siempre el interés y beneficio del menor.11Ofíciase al Punto de Encuentro Familiar, dejando sin efecto citado servicio coincidiendo con el inicio de las vacaciones escolares de Navidad del menor durante el presente año. V.- Cada progenitor sufragará a su cargo exclusivo, durante el período de convivencia respectivo, los gastos ordinarios de alimentos del menor, sin perjuicio de lo anterior, tras la entrada en funcionamiento del régimen de custodia compartida propuesto (enero de 2016), el progenitor quedará obligado a abonar la suma de 200 euros mensuales, a satisfacer por mensualidades anticipadas, dentro e los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta señalada al efecto por la demandada. Esta cantidad será**



actualizada anualmente en proporción a las variaciones del IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Deber de contribución, que se extenderá de igual modo, a los gastos extraordinarios del menor, (con arreglo a la definición dada por ambos progenitores en el convenio regulador de referencia) en un porcentaje de contribución del 70% a cargo del padre y 30% de la madre. Y todo ello sin realizar expreso pronunciamiento en cuanto a las costas."

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.

Da lugar a la demanda inicial, se alza contra la sentencia estimatoria parcial del juzgado y vuelve a solicitar a través del recurso de apelación interpuesto la íntegra desestimación de la demanda de modificación de medidas definitivas presentada por la parte contraria, que fundamentalmente comporta el mantenimiento del régimen de custodia monoparental de la madre con el régimen de

comunicación y estancia pactado en el convenio regulador de las relaciones paterno-filiales que permitió el dictado de la sentencia firme de 27 de junio de 2011.

La sentencia de primera instancia de 3 de noviembre de 2015, en lo que ahora resulta relevante por ser objeto de recurso, modificó las medidas definitivas previas relativas al modelo de guardia y custodia del menor, sustituyendo la custodia monoparental atribuida la madre por la compartida entre los progenitores por semanas y con la obligación de ambos de contribuir al sostenimiento cada uno de los gastos ordinarios de alimentos del menor del periodo que con cada uno conviva, sin perjuicio de que el padre deberá contribuir de forma añadida con 200 euros mensuales por su mayor capacidad, repartiéndose los gastos extraordinarios con arreglo a la definición dada por ambos en el convenio regulador mediante la atribución del 70% al padre y 30% a la madre.

El demandante inicial se opuso al recurso al tiempo que impugnó la sentencia en lo que afecta, exclusivamente, a la definición incorporada en el convenio de los gastos extraordinarios en cuanto que incluye los escolares (gasto de uniformes, libros, material escolar y cuotas colegiales) que considera deben ser conceptuados como gastos ordinarios.

El Ministerio Fiscal impugnó la sentencia en lo que afecta a la guardia y custodia compartida establecida, considerando que no existe un alteración sustancial de circunstancias y que la alta conflictividad de los padres no la hace adecuada, sin perjuicio de indicar que, en todo caso, el régimen de la custodia compartida debería haber sometido a periodo transitorio en el que se incremente progresivamente el régimen de visitas entre el padre y el menor.



SEGUNDO: El interés superior del menor como principio rector.

Ha razonado reiteradamente esta Sala (por todas, las sentencias de 30 de octubre de 2015 y de 15 de marzo de 2016), en consonancia con la jurisprudencia del TS (sin perjuicio de otras, las sentencias de 10 de diciembre de 2012, 17 de febrero y 20 de julio de 2015) que la Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. Este mandato constitucional fue el que obligó a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, que tuvo su continuidad en la Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Toda esta normativa, no obstante, se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), y que ha culminado recientemente con la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica el superior interés del menor se constituye como el criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte; se configura en principio como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando

bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales.

La reciente aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, viene a llenar de contenido a este concepto, que, como reconoce su Preámbulo, ha sido objeto a lo largo de los años de diversas interpretaciones. Y para tal objetivo se modifica el art. 2 LOPJM *<<incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral>>.*



TERCERO: La custodia compartida.

Hemos sostenido, igualmente, que el TS –sentencias de 16 de febrero y 17 de julio de 2015, entre otras- indica, en relación con el actual objeto de recurso, que <<Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala (SSTS 29 de abril de 2013, 25 de abril de 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Ha supuesto un cambio sustancial de visión sobre la guarda y custodia compartida la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas (STC 185/2012, de 17 de octubre)>>.

En tal sentido, se insiste en que (SSTS de 25 de abril, 22 de octubre, 30 de octubre, 18 de noviembre de 2014 y 16 de febrero de 2015, entre otras) <<La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras

personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven>>.

Esta Sala se ha hecho eco de tales criterios y los ha respetado y aplicado, como criterio prioritario y en atención a las circunstancias del caso, en reiteradas ocasiones, sirviendo de ejemplo las sentencias dictadas el 9 de julio de 2014, 15 de julio de 2014 y 30 de octubre de 2015, precisando incluso que <<ya la STS de 22 Julio 2011 interpretó la expresión "excepcional" que emplea el art. 92,8 CC diciendo que "debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla". Además, debe recordarse que el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de Octubre de 2012 ya declaró inconstitucional la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal; y diversas regulaciones autonómicas contemplan el régimen de custodia compartida como el prioritario y preferente, sin perjuicio de las concretas circunstancias de cada caso; así, en el Código de derecho Foral de Aragón, art. 80, o en el Código de familia catalán, art. 233.10 (a



las que podríamos añadir la Ley 7/2015, de 30 de junio, de la Comunidad Autónoma Vasca, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores); *no cabe ya, en consecuencia, oponer recelos abstractos y generales a esta forma de regular las relaciones entre los progenitores y los hijos tras la ruptura matrimonial, que antes al contrario debe propiciarse siempre que no aparezca como mas beneficiosa la custodia monoparental*>>.

CUARTO: Resolución del recurso de apelación sobre la guardia y custodia compartida.

Antes de valorar el aspecto nuclear del recurso, debe advertirse que ni el recurso de apelación, ni la impugnación de la sentencia, combaten algunas circunstancias que la sentencia considera acreditadas y que también son aceptadas por este Tribunal:

En primer lugar, la alta conflictividad existente entre los progenitores desde un inicio, fundamentalmente por anteponer sus propios intereses a los de su hijo en común –mostrándose inflexibles el uno para con el otro, estancados en su realidad, lo que genera en el menor un conflicto de lealtades- que ha producido que el régimen de estancia y comunicación con el padre no custodio se haya desarrollado de forma tórpida (como lo califica la sentencia de instancia), lo que desembocó en la necesidad de que las entregas y recogidas del menor (6 años), desde el auto de 15.11.2011, se tuvieran que llevar a efecto en el PEF, suprimido por acuerdo de las partes en el año 2013 y restaurado por auto de 24.3.2014 (los informes de diciembre de 2014 y febrero 2015 son expresivos de esta situación).

En segundo término, no se niega que ambos progenitores tienen capacidad parental suficiente, constituyen



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

figuras de protección positiva para el menor, que tiene un vínculo normalizado con ambos.

Y, en tercer lugar, también ambos tienen horarios laborales compatibles con los del menor, viven en domicilio cercanos al colegio y cuentan con suficiente apoyo familiar.

Partiendo de estos presupuestos, no dudosos, la revisión por la Sala del material probatorio presentado y practicado en la primera instancia, a la luz exclusiva del ámbito limitado formado por los motivos del recurso de apelación y la impugnación de la sentencia, no permite advertir que la juez de instancia haya errado en sus valoraciones o conclusión final, a pesar de reconocer que la alta conflictividad mantenida entre los progenitores permite dudar, siquiera en abstracto y solo inicialmente, de que la guardia y custodia compartida sea el régimen más adecuado a las circunstancias.

Pero es que debe partirse, en todo caso, de que el régimen de comunicación inicialmente establecido ha resultado escasamente beneficioso para el menor y es precisamente en su interés cuando sobreviene la necesidad de encontrar otro régimen que le resulte más favorable. Es en este ámbito donde debe ser interpretado el informe del equipo psicosocial, que, como es bien conocido, con tener relevancia no es de ineludible cumplimiento, consecuencia de la regla según la cual los dictámenes periciales se valorarán según las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC).

Sin dejar de precisar -como también mantuvo en juicio- que pese a la conflictividad existente entre los progenitores, el menor da muestras de vinculación positiva hacia ambos -lo que permite apreciar en el propio desarrollo de la exploración-, considera que las entregas y recogidas en el PEF solo tienen hoy sentido por el conflicto entre los padres, pero su mantenimiento en el tiempo no es más favorable, antes al contrario, que procurar

un sistema de visitas normalizado. La psicóloga apuesta inicialmente porque la madre siga ostentando la guardia y custodia, pero informa sobre la oportunidad de que el régimen de visitas del padre incluya la pernocta. Como bien afirma la juez de instancia, en la práctica –tomando en consideración que las pernoctas se producirían los lunes y los miércoles, además de los fines de semana alternos, es decir, los días de estancia y comunicación con su padre reconocidos en el convenio regulador a partir de los tres años- el régimen propuesto produce en gran medida una alternancia casi diaria, lo que en modo alguno se aventura, en atención a las circunstancias, como el sistema más adecuado.

En el ámbito de tales circunstancias, el Ministerio Fiscal propuso en el acto de la vista agrupar los días de estancia con el padre de jueves al lunes alternos, lo que el propio recurrente –al final de su recurso- también acepta que lo sugiriera como paso previo a una posible guardia y custodia compartida tras un periodo transitorio de prueba; circunstancia en la que vuelve a insistir la impugnación del Ministerio Público, si quiera de forma subsidiaria, cuando interesa que, de mantenerse la guardia y custodia reconocida, se condicione a un periodo transitorio de incremento del régimen de comunicación padre-hijo.

No se escapan a este Tribunal dos circunstancias que son verdaderamente determinantes de esta resolución: de un lado, que de admitir la opción propuesta por el Ministerio Fiscal y la parte demandada serían 5 (si se excluye el lunes del fin de semana de comunicación) o 6 (si no se suprime) cada 15 los días de estancia con pernocta del padre con el hijo, lo que ciertamente ya no supone una discrepancia esencial con el régimen de custodia compartida semanal; del otro, que dado el tiempo transcurrido desde que de forma efectiva desde el 11 de enero de 2016 comenzó a desarrollarse el nuevo régimen, sin

advertirse ni comunicarse ninguna clase de alteración, incumplimiento o perturbación de su ejercicio, es posible ya considerar que cualquier sistema provisional o transitorio de acomodación del menor resulta en este momento baldío.

En definitiva, aprecia la Sala que el cambio significativo de las circunstancias viene determinado por el beneficio que cabe esperar del régimen judicialmente instaurado y que es presumible que experimente el menor bajo el régimen de la custodia compartida frente al anterior de resultado realmente negativo (SSTS 25.4.2014 y 2.7.2014). Por todo ello, la resolución judicial de instancia debe ser confirmada.

QUINTO: Resolución sobre los gastos extraordinarios.

La impugnación del demandante inicial afecta a la definición incorporada en el convenio de los gastos extraordinarios. En concreto, porque incluye los gastos escolares (gasto de uniformes, libros, material escolar y cuotas colegiales) que considera deben ser apreciados como gastos ordinarios.

Ha de recordarse, como ha hecho esta Sección en sus autos de 21 de enero de 2014, 18 de enero y 19 de abril de 2016, que no existe en nuestro derecho una regulación de lo que son los gastos extraordinarios de alimentación, educación, vestido o asistencia sanitaria de los alimentistas, ya sean hijos menores o mayores de edad. El art. 142 CC solo se refiere a la prestación de alimentos por estos conceptos, sin especificación alguna, pero se comprende que la fijación de una pensión mensual y regular colma esa prestación sin agotarla en lo que pueda ser extraordinario, esto es, lo que siendo necesario excede de lo ordinario, inusitado, insólito, imprevisto, excepcional, más allá en definitiva de lo normal, regular o cotidiano. Y, en fin, dado el carácter eminentemente circunstancial de la calificación de un



gasto como extraordinario, debe atenderse por ello a las propia situación de los cónyuges en atención a lo que entre ellos es considerado como normal o habitual y especialmente a lo que ellos quisieron prevenir y pactar para tal eventualidad, para lo cual la redacción del convenio regulador constituye fuente principal de la decisión.

Y por ser el convenio regulador fuente principal de la decisión, no se explica el motivo por el que ahora pretende la parte impugnante modificar el consenso que permitió alcanzar el acuerdo materializado en el convenio regulador, como negocio jurídico de derecho de familia, por lo que difícilmente se advierte que se hayan modificado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su fijación, verdadero y único motivo que permitiría, por mor del art. 775 LEC, provocar la alteración del régimen legal establecido.

El motivo, en consecuencia, no puede prosperar.

SEXTO: Costas procesales.

Aunque se haya desestimado el recurso de apelación y las impugnaciones, la especial materia objeto de debate hace inviable la imposición de las costas procesales de esta alzada, de acuerdo a los arts. arts. 394 y 398 de la LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLAMOS

1º.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D^a [Nombre], como las impugnaciones formalizadas por D. [Nombre] y por el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 11 de Santander de 3 de noviembre de 2015.

2º.- No se imponen las costas causadas en esta segunda instancia.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.