



Roj: STS 1156/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1156
Id Cendoj: 28079110012016100144

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 791/2015

Nº de Resolución: 138/2016

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 306/2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, como consecuencia de autos de juicio por divorcio contencioso núm. 333/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de León; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por don Felipe, representado por el procurador don Miguel Ángel Díez Cano, bajo la dirección letrada de don Juan Mario Caunedo Pérez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Juan José Gómez Velasco en calidad de recurrente y en calidad de recurrida se persona doña Paula, representada por la procuradora doña Cristina de Prado Sarabia, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Cristina de Prado Sarabia, en nombre y representación de doña Paula, interpuso demanda de divorcio contencioso contra don Felipe y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Se decrete divorcio por la causa alegada, adoptando como medidas definitivas las propuestas en el cuerpo de este escrito, y que se concretan en:

1.º- Se decrete el divorcio de los litigantes.

2.º- Se atribuya a mi patrocinada, la madre, y a los dos hijos menores del matrimonio, el uso y disfrute del hogar familiar sito en San Andrés del Rabanedo (León), CALLE000 n.º NUM000; así como del ajuar familiar, enseres y bienes de uso doméstico existentes en la vivienda. Toda vez que, mi mandante, residirá en dicha vivienda en compañía de los hijos menores dependientes de la unidad familiar.

3.º- Se atribuya la Guarda y **custodia** de los dos hijos menores, Pelayo y Bernardo de 8 y 5 años de edad, a la madre Dña. Paula por razones evidentes (es la que se ocupa de los niños, los lleva y recoge del cole, los asiste y cuida, y ello sin olvidar su capacitación y experiencia en educación, cuidado y formación de niños, y que además dispone del mismo tiempo libre que los dos menores para dedicárselo en su totalidad); si bien la patria potestad deberá ser **compartida**.

4.º- Se fije como régimen de visitas y vacacional, a favor del padre, progenitor no custodio:

Fines de semana alternos, desde las 19 horas del viernes a las 20 del domingo, salvo puente o festivo que se prorrogará.

Una tarde a la semana, desde la salida del colegio o en su defecto desde que el padre (progenitor no custodio) pueda recogerlos en el domicilio familiar -debido a su disponibilidad laboral-, hasta las 20.30 horas, que deberá reintegrarlos al hogar familiar.

El día del padre y el día de la madre, lo disfrutarán los menores con el progenitor correspondiente.

Como régimen vacacional, deberá ser la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares.

5.º- Respecto a los vehículos de la unidad familiar, manifestar que el matrimonio cuenta con tres vehículos, dos automóviles y una motocicleta de lujo. En cuanto al Audi A4 matrícula ZHD se debe atribuir su uso y disfrute al esposo demandado D. Felipe , que es la persona que lo utiliza habitualmente. En cuanto al Seat Ibiza, matrícula WTX se debe atribuir su uso y disfrute a mi mandante, la madre de los menores, Dña. Paula , que es quien lo usa habitualmente. Finalmente se debe atribuir el uso de la motocicleta marca BMW, modelo R1200R, matrícula JBQ al esposo demandado D. Felipe .

Los litigantes tendrán la obligación de conservar y mantener a su cuenta y cargo de forma exclusiva los bienes adjudicados que se encuentran en perfecto estado de uso y conservación, y a correr con los gastos inherentes a la utilización de los mismos como gasolina, seguros, posibles daños que pudieran ocasionarse en los vehículos, etc.

6.º- Como pensión de alimentos, estimamos que deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

Los ingresos de ambos esposos por las rentas del trabajo, aquellos ingresos con origen distinto al anterior, así como las ofertas de trabajo que de forma real pudieren tener en un futuro inmediato, todo ello a efectos de establecer unas pautas sobre las cuales fundamentar la cuantía a fijar por este concepto.

Por tal motivo se debe fijar el importe de 700.-€ que el padre, progenitor no custodio, debe abonar para el sostenimiento de sus hijos, desde la fecha de presentación de esta demanda, en la cuenta que mi principal designe al efecto, de forma mensual y en doce pagas anuales, por meses adelantados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, para que atienda las necesidades diarias. Referida solicitud se realiza para evitar dejar en una situación de desamparo e indefensión a mi mandante y a sus dos hijos menores, hasta que recaiga sentencia de divorcio y se adopten las medidas definitivas que corresponda. Referida cantidad deberá ser objeto de actualización conforme a IPC que publique el INE.

El esposo demandado, deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios que afecten a los menores.

Igualmente, y conforme reconoce reiterada jurisprudencia, y hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, que se instará de forma inmediata, la cuota mensual hipotecaria que grava la vivienda familiar y que asciende a 627,98.-€, deberá ser abonada a iguales partes por los esposos litigantes, hasta su cancelación o hasta la liquidación del bien.

En ese mismo sentido, se abonará por los litigantes a iguales partes y por mitad, hasta su total cancelación o liquidación, la cuota mensual del préstamo personal que asciende a 205,48.-€.

En ese mismo sentido, se abonará por los litigantes a iguales partes y por mitad, hasta su total cancelación o liquidación del bien, la cuota mensual del préstamo personal que grava el vehículo Seat Ibiza, que asciende a 231,05.-€.

En cuanto a la cuota del préstamo personal que asciende a 101.69.-€, que grava la motocicleta marca BMW, cuyo uso exclusivo corresponde al esposo demandado y que no es necesaria para ningún miembro de la unidad familiar, deberá ser abonada en su totalidad por el esposo demandado, D. Felipe , sin perjuicio de su correspondiente computo en el momento de liquidación de la sociedad ganancial.

Y todo ello haciendo la oportuna anotación en el Registro Civil, con lo demás que en derecho proceda; y con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere a la presente demanda. Es justicia que pido».

2.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes y solicitó se dictara sentencia «acorde con los hechos probados y los preceptos jurídicos que sean susceptibles de aplicación a los mismos».

3.- El procurador don Miguel Ángel Díez Cano, en nombre y representación de don Felipe , contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que dando lugar al divorcio, desestime los efectos derivados del mismo pretendidos por la actora, acordando los que se solicitan en la demanda reconvenzional, desestimando igualmente la condena en costas solicitada de adverso».

E interpuso demanda reconvenzional de divorcio, con los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos suplicando al juzgado que dictara una sentencia:

«Por la que, estimando esta demanda, de lugar al divorcio, adoptándose los siguientes pronunciamientos, con expresa condena en costas de la parte demandada en reconvección si se opusiera:

Se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña. Paula y D. Felipe .

A.- Pretensión principal.

1.- Se atribuya la guarda y **custodia** de los dos hijos habidos del matrimonio, Pelayo y Bernardo , de 8 y 5 años de edad, al padre D. Felipe , compartiendo ambos progenitores la patria potestad.

2.- Se atribuya a mi representado, D. Felipe y a los dos hijos del matrimonio, el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en San Andrés del Rabanedo (León), CALLE000 n° NUM000 , así como del ajuar familiar, enseres y bienes de uso doméstico existentes en la vivienda.

3.- Se fije como régimen de visitas y vacacional a favor de la madre en su calidad de progenitor no custodio:

A) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, - salvo que asista a actividades extraescolares en cuyo caso comenzará a partir de la conclusión de éstas- hasta el domingo a las 20:00 horas, siendo la madre quien recoja a los niños y quien les acompañe el domingo hasta el domicilio paterno a la hora convenida. Si hubiera una festividad o puente escolar inmediatamente antes o después de un fin de semana, se acumulará a éste, correspondiendo al progenitor con el que los niños se encuentren disfrutando el derecho de visita o estancia.

B) Asimismo podrá el progenitor no custodio tener consigo a los menores dos tardes entre semana, desde la salida del colegio, hasta las 21:30 horas en que deberá reintegrarlos al domicilio paterno.

C) Mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, escogiendo el padre dicha mitad en los años pares y la madre en los impares, comunicándolo al otro progenitor con al menos dos meses de antelación al inicio de las referidas vacaciones escolares, entendiéndose que de no hacerlo opta por el primer período. A los efectos señalados tales períodos vacacionales se considerarán divididos como se expone:

Navidad: Del 22 de diciembre al 31 de diciembre a las 20:00 horas y de aquí hasta la finalización de las vacaciones escolares.

Semana Santa: Cinco primeros días de las vacaciones y el resto hasta su finalización.

Verano: La primera mitad se extendería desde el comienzo de las vacaciones escolares en el mes de junio-excluyendo el fin de semana inicial si coincidiera con él- hasta el 31 de julio inclusive y la segunda mitad desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar.

Durante los periodos vacacionales antes citados se interrumpirán las estancias y visitas de fines de semana señalados en el apartado A).

D) En cuanto a los cumpleaños de los progenitores y fiestas del día de la madre y día del padre, ambos progenitores acuerdan que los hijos pasen el día con el progenitor al que corresponda la celebración; siendo lectivos, desde la finalización del horario escolar/extraescolar hasta las 21:00 horas y si fuera festivo, de 11:00 a 21:00 horas.

4.- Habida cuenta que a los gastos ordinarios que necesariamente habrá de afrontar el progenitor no custodio, se añade el pago de los préstamos pendientes, resultando una suma proporcionalmente elevada respecto a los ingresos, se estima que debe moderarse el importe de la pensión alimenticia, y en tal sentido, se acuerde que Dña. Paula abonará al esposo, D. Felipe , a satisfacer en concepto de pensión de alimentos para sus dos hijos, la cantidad de trescientos euros mensuales, pagadera hasta que cada uno obtenga ingresos propios que permitan su subsistencia. Dicha cantidad se abonará por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señale el esposo, actualizándose anualmente su importe con arreglo al índice de precios al consumo que facilite el Instituto Nacional de Estadística, corriendo dicho plazo de actualización por años desde la fecha de la sentencia.

Asimismo, el progenitor no custodio se compromete a sufragar por mitad cualesquiera gastos extraordinarios relacionados con la salud de sus hijos no cubiertos por el régimen de Seguridad Social, así como aquellos, igualmente extraordinarios, derivados de la educación y formación de éstos.

5.- Respecto a los vehículos propiedad de la unidad familiar, y hasta su asignación en virtud de la liquidación de gananciales que se practique, corresponderá a D. Felipe el uso y disfrute del Audi A4, matrícula ZHD y de la motocicleta marca BMW, modelo R1200R, matrícula JBQ , y a la esposa, el uso y disfrute del vehículo Seat Ibiza matrícula WTX . Tal como se refiere en la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Paula , los litigantes tendrán la obligación de conservar y mantener a su cuenta y cargo los bienes

adjudicados y a correr con los gastos inherentes a la utilización de los mismos, hasta que se determine lo que proceda en cuanto a su adjudicación en el procedimiento de liquidación de gananciales ya interpuesto.

6.- Hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges pagarán por iguales partes las cuotas correspondientes a todos los préstamos que gravan la sociedad de gananciales.

B.- De manera subsidiaria y para el caso de que no se estime la atribución a D. Felipe de la guarda y **custodia** de sus hijos, con las medidas arriba reseñadas, y ésta le sea otorgada a Dña. Paula , se solicita, en aplicación de un criterio de equidad -y habida cuenta de los similares ingresos de ambos cónyuges-, la adopción de medidas de igual contenido en materia de régimen de visitas y vacacional, pensión de alimentos, atribución del uso y disfrute de los vehículos y pagos de préstamos, esto es:

3.- Se fije como régimen de visitas y vacacional a favor del padre en su calidad de progenitor no custodio:

A) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, - salvo que asista a actividades extraescolares en cuyo caso comenzará a partir de la conclusión de éstas- hasta el domingo a las 21:00 horas, siendo el padre quien recoja a los niños y quien les acompañe el domingo hasta el domicilio materno a la hora convenida. Si hubiera una festividad o puente escolar inmediatamente antes o después de un fin de semana, se acumulará a éste, correspondiendo al progenitor con el que los niños se encuentren disfrutando el derecho de visita o estancia.

B) Asimismo podrá el progenitor no custodio tener consigo a los menores dos tardes entre semana, señalándose como tales martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 21:30 horas en que deberá reintegrarlos al domicilio materno.

C) Mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, escogiendo el padre dicha mitad en los años pares y la madre en los impares, comunicándolo al otro progenitor con al menos dos meses de antelación al inicio de las referidas vacaciones escolares, entendiéndose que de no hacerlo opta por el primer período. A los efectos señalados tales períodos vacacionales se considerarán divididos como se expone:

Navidad: Del 22 de diciembre al 31 de diciembre a las 20:00 horas y de aquí hasta la finalización de las vacaciones escolares.

Semana Santa: Cinco primeros días de las vacaciones y el resto hasta su finalización.

Verano: La primera mitad se extendería desde el comienzo de las vacaciones escolares en el mes de junio-excluyendo el fin de semana inicial si coincidiera con él- hasta el 31 de julio inclusive y la segunda mitad desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar.

Durante los periodos vacacionales antes citados se interrumpirán las estancias y visitas de fines de semana señalados en el apartado A).

D) En cuanto a los cumpleaños de los progenitores y fiestas del día de la madre y día del padre, ambos progenitores acuerdan que los hijos pasen el día con el progenitor al que corresponda la celebración; siendo lectivos, desde la finalización del horario escolar/extraescolar hasta las 21:00 horas y si fuera festivo, de 11:00 a 21:00 horas.

4.- Habida cuenta que a los gastos ordinarios que necesariamente habrá de afrontar el progenitor no custodio, se añade el pago de los préstamos pendientes, resultando una suma proporcionalmente elevada respecto a los ingresos, (remitiéndonos en este sentido a lo expuesto en el ordinal cuarto de la contestación a la demanda) se estima que debe moderarse el importe de la pensión alimenticia, y en consecuencia, se acuerde que D. Felipe abonará a la esposa Dña. Paula , a satisfacer en concepto de pensión de alimentos para sus dos hijos, la cantidad de trescientos euros mensuales, pagadera hasta que cada uno obtenga ingresos propios que permitan su subsistencia. Dicha cantidad se abonará por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señale el esposo, actualizándose anualmente su importe con arreglo al índice de precios al consumo que facilite el Instituto Nacional de Estadística, corriendo dicho plazo de actualización por años desde la fecha de la sentencia.

Asimismo, el progenitor no custodio se compromete a sufragar por mitad cualesquiera gastos extraordinarios relacionados con la salud de sus hijos no cubiertos por el régimen de Seguridad Social, así como aquellos, igualmente extraordinarios, derivados de la educación y formación de éstos.

5.- Respecto a los vehículos propiedad de la unidad familiar, y hasta su asignación en virtud de la liquidación de gananciales que se practique, corresponderá a D. Felipe el uso y disfrute del Audi A4, matrícula ZHD y de la motocicleta marca BMW, modelo R1200R, matrícula JBQ , y a la esposa, el uso y disfrute

del vehículo Seat Ibiza matrícula WTX . Tal como se refiere en la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Paula , los litigantes tendrán la obligación de conservar y mantener a su cuenta y cargo los bienes adjudicados y a correr con los gastos inherentes a la utilización de los mismos, hasta que se determine lo que proceda en cuanto a su adjudicación en el procedimiento de liquidación de gananciales ya interpuesto.

6.- Hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges pagarán por iguales partes las cuotas correspondientes a todos los préstamos que gravan la sociedad de gananciales».

4.- El Fiscal, contesta a la reconvención con los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables y solicita se dicte sentencia «acorde con los hechos probados y los preceptos jurídicos que sean susceptibles de aplicación a los mismos».

5.- La procuradora doña Cristina de Prado Sarabia, en nombre y representación de doña Paula , contesta y se opone a la reconvención con los hechos y fundamentos de derecho que considera pertinentes solicitando se dicte resolución «por la que se desestime en su integridad la demanda reconvencional formulada de contrario, decretándose el divorcio de los cónyuges, y se adopte como medidas definitivas las interesadas por la esposa doña Paula en su demanda principal de divorcio».

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de León se dictó sentencia, con fecha 31 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando parcialmente tanto la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina de Prado Sarabia en nombre y representación de doña Paula contra don Felipe , como la demanda reconvencional interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Ángel Díez Cano en nombre y representación de don Felipe contra doña Paula , debo declarar y declaro la disolución del matrimonio de ambos litigantes, por divorcio, al concurrir el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el tiempo legalmente establecido, con los efectos legales inherentes a este pronunciamiento, adoptándose específicamente las siguientes medidas:

1.ª. Se atribuye a la madre la guarda y **custodia** de los hijos del matrimonio menores de edad, Pelayo y Bernardo , quedando sujetos a la patria potestad de ambos progenitores.

2.ª. El ejercicio conjunto de la patria potestad supone que ambos progenitores deberán comunicarse cuantas decisiones relevantes se adopten en relación con los menores y redunden en su beneficio o aquellas circunstancias que a ellos se refieran, siendo necesaria su intervención conjunta para decidir sobre cuestiones de relevancia de los menores y siendo preciso el acuerdo de ambos, por ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo, para todo lo relativo a estancias hospitalarias u operaciones quirúrgicas graves, centros educativos a los que los hijos deban acudir, fiestas religiosas que deseen que sus hijos celebren o los viajes al extranjero, ya sea por causa de estudios o vacacionales, sin que lo expuesto obste, evidentemente, para que el progenitor que tenga en cada momento a los menores pueda, sin necesidad del consentimiento del otro progenitor, realizar todas aquellas actuaciones que se consideren urgentes y, en todo caso, aquellas relativas a la vida cotidiana normal; puede añadirse, finalmente, que ambos progenitores tienen derecho a ser informados de las calificaciones de sus hijos en los colegios en los que en su caso estén escolarizados y a ser informados de su historial médico, ya lo soliciten conjuntamente o por separado.

3.ª. Se señala como régimen de visitas para que el progenitor no custodio pueda estar y relacionarse con sus hijos el siguiente:

* Fines de semana alternos desde el viernes a la hora a la que los menores salgan del colegio en el que están escolarizados o al término de las actividades extraescolares en su caso, situándose el comienzo de las visitas para el caso de tratarse de un día no lectivo a las 19'00 horas, terminando la estancia de fin de semana el lunes en que serán nuevamente llevados al centro escolar por el progenitor no custodio, con entrega y recogida de los menores en el domicilio en el que vivan con su madre (salvedad hecha, obviamente, de que la recogida se realice a la salida del colegio o de la actividad extraescolar en su caso).

* Los puentes serán disfrutados por aquel progenitor a quien corresponda el fin de semana de que se trate, bien sean puentes que comprendan el día anterior al inicio del fin de semana, bien el día posterior a su finalización, comenzando el disfrute de la estancia a la salida del colegio o actividad extraescolar de la víspera del primer día festivo y terminando a la entrada del colegio el inmediato a la terminación del puente en que serán llevados los menores por el padre al centro escolar.

* Dos días entre semana, que a falta de acuerdo entre los progenitores se concreta en los martes y jueves miércoles sin pernocta en que los menores serán recogidos a la hora a la que salgan del colegio o en su defecto a las 17'00 horas en el domicilio en el que vivan y serán reintegrados a las 20'45 horas en dicho domicilio.

* Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, con recogida y entrega de los menores en el domicilio que éstos habiten con su madre, salvo que en el caso de que se lleven los menores directamente al colegio; en las vacaciones de Navidad estarán con cada progenitor uno de los períodos que comprenda, de una parte, entre el día de inicio de las vacaciones y el 30 de diciembre (desde las 18'00 horas del primero hasta las 18'00 horas del segundo) y, de otra, entre las 18'00 horas del día 30 de diciembre y el día en que se reanuden las clases en que serán llevados al colegio por el progenitor a quien corresponda; las vacaciones de Semana Santa comprenderán dos períodos iguales, de un lado desde el Viernes de Dolores hasta el Miércoles Santo, en ambos casos tomando como referencia las 18'00 horas y otro desde este último momento hasta el reinicio de las clases en que serán llevados al colegio por el progenitor a quien corresponda; en todo caso se estará al calendario escolar de los menores y si las vacaciones comprendieran otros períodos, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores; finalmente, y en cuanto a las vacaciones de verano comprenderá un período desde el inicio de las vacaciones en el mes de junio y el mes de agosto y otro el mes de julio y el período de septiembre hasta el comienzo del nuevo curso, pudiendo distribuirse los períodos en períodos quincenas con acuerdo de los dos progenitores; la facultad de elección de los períodos correspondientes corresponderá a la madre los años pares y al padre los impares, debiendo de comunicarse el período en cada caso elegido con una antelación de un mes al comienzo del inicio del período vacacional de que se trate.

* Cada progenitor podrá estar además con sus hijos los días del Padre, de la Madre y los cumpleaños de cada cual en sus respectivos casos y turnándose el día del cumpleaños de los menores, los años impares la madre y los pares el padre; los mencionados días serán recogidos por el progenitor que corresponda a la salida del colegio y reintegrados a las 20'45 horas; si se tratara de día no lectivo, serán recogidos a las 10'00 horas, salvedad hecha de que el día de que se trate ya le corresponda estar al progenitor por ejercicio del régimen de visitas de fin de semana o de período vacacional.

4.º. Se atribuye a la madre y a los menores Pelayo y Bernardo el uso de la vivienda que fue domicilio conyugal sito en el edificio señalado con el nº NUM000 de la CALLE000 de la localidad de San Andrés del Rabanedo, juntamente con los enseres y bienes de uso doméstico existentes en el mismo, debiendo la esposa, como beneficiaria del uso, satisfacer cuantos gastos se devenguen como consecuencia de dicho uso (luz, teléfono, calefacción y demás gastos susceptibles de individualización), mientras que los gastos que se refieran a la propiedad del inmueble (seguro, IBI, derramas, comunidad, etc.), deberán ser amortizados por ambos cónyuges por partes iguales, abonando asimismo ambos la cuota correspondiente al préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal y el resto de los préstamos y/o créditos que tuviera concertado el matrimonio, todo ello sin perjuicio de lo que resulte al tiempo de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales por la que el matrimonio se regía.

6.º. Que el padre deberá de abonar en concepto de alimentos para las hijos la cantidad de CUATROCIENTOS EUROS (400.-€), a razón de 200.- para cada uno de los hijos, importe total que se entregará por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que la madre designe al efecto y que se actualizará anualmente de conformidad con el incremento que experimente el I.P.C. que anualmente publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya en su caso, haciendo frente ambos progenitores por mitad de los gastos extraordinarios que los menores generen.

7.º. Se atribuye el uso del vehículo marca Audi A-4 matrícula ZHD y de la motocicleta marca BMW, Modelo R1200R, matrícula JBQ al Sr. Felipe , otorgándose a la Sra. Paula el uso del turismo marca Seat-Ibiza matrícula WTX , debiendo cada uno de los beneficiarios del uso afrontar la totalidad de los gastos que generen.

No se hace declaración alguna en materia de costas».

Y en fecha 14 de julio de 2014, se dicta auto de aclaración en cuya parte dispositiva se señala:

«Decido: Aclarar la resolución dictada en este procedimiento de fecha de 31 de marzo de 2014 en el sentido de que en el fundamento de derecho cuarto quedará como sigue:

A) Que la cantidad de 250.-€ que aparece en el último párrafo del fundamento de derecho quinto (línea tercera) debe de ser la de 225.-€.

B) Que donde en el fallo se señala que se reconoce al padre y dentro del régimen de visitas dos tardes a la semana, se incluye por error la palabra miércoles, la que se tendrá por no puesta.

Permanecen invariables los demás pronunciamientos de dicha resolución».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León dictó sentencia, con fecha 30 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos. Que estimando en parte el recurso de apelación planteado por el procurador D. Miguel Ángel Díaz Cano en nombre y representación de don Felipe contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 y posterior auto de aclaración de 14 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 (familia) León en el procedimiento de divorcio contencioso y guarda y **custodia** de hijos menores del matrimonio, seguido con el núm. 333/2013, debemos revocar y revocamos dicha resolución, únicamente, en el sentido de los días entre semana (martes y jueves) los menores podrán pernoctar en el domicilio paterno. Confirmando la sentencia en todo lo demás; y sin hacer especial pronunciamiento de las costas de la alzada a ninguno de los contendientes».

TERCERO.- 1.- D. Felipe , a través de su representación procesal, interpone recurso de casación basado en:

Motivo primero.- «Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC por infracción del artículo 92 del Código Civil , al considerar que el juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor STS de 7 de junio de 2013, RC 1128/2012 ; STS 579/2011, de 22 de julio de 2011 STS 578/2011; de 21 de julio de 2009, RC 338/2009 ; Auto del TS de 2 de diciembre de 2014, RC 1095/2014 . El pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas e ilógicas a la vista de las pruebas practicadas».

Motivo segundo.- «Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la guarda y **custodia compartida** y a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y **custodia compartida** a petición de uno solo de los cónyuges, así como su carácter no excepcional, doctrina asentada por el alto Tribunal por numerosas sentencias, entre ellas la STS de 19 de julio de 2013 , la STS 29 de abril de 2013 (RC 2525/2011) que sienta doctrina a este respecto en su fundamento de derecho cuarto, así como en el apartado 3 del fallo de la citada resolución; la STS 9 de marzo de 2012 (RC 113/2010) y la STS 8 de octubre de 2009 (RC 1471/2006)».

E interpone recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

Motivo único: «Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE , motivo expresamente previsto en el art. 469.1.4º de la LEC ».

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 8 de julio de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora doña Cristina de Prado Sarabia, en nombre y representación de doña Paula , presentó escrito de oposición al mismo adjuntando documental de la que se dio traslado a la parte recurrente para alegaciones que efectuó. Respecto a los recursos admitidos el Fiscal, tras su exposición, manifestó que procedía la estimación del recurso de casación y la desestimación del de infracción procesal.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D.^a Paula (maestra), interpuso demanda de divorcio contra D. Felipe (suboficial del Ejército), solicitando la patria potestad **compartida** de los dos hijos menores, nacidos en NUM001 de 2004 y NUM002 de 2007, la atribución de la guarda y **custodia** en favor de la madre, la atribución de la vivienda familiar a la demandante y sus dos hijos, el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre y pensión de alimentos para los menores en la suma de 700.- euros al mes.

La parte demandada se opuso a la demanda, formulando a su vez reconvencción, solicitando la patria potestad **compartida** de los dos hijos menores de edad y, en su caso, la atribución de la guarda y **custodia** en favor del padre, la atribución de la vivienda familiar al padre y sus dos hijos, el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre y pensión de alimentos para los menores en la suma de 300.- euros al mes.

La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda. En concreto y para lo que aquí interesa, atribuye la guarda y **custodia** a la madre, señalando que la patria potestad será ejercida por ambos progenitores. Señala la mentada sentencia que ambos progenitores presentan aptitud para ostentar la guarda y **custodia** de sus hijos y llevar a cabo las funciones inherentes a ella, lo que es reconocido recíprocamente por ambos progenitores. No obstante, atendidos los horarios laborales del padre, resultaría más difícil que pudiera llevarlos al colegio, o, al menos, presentaría una mayor dificultad que la que tiene la madre. En consecuencia, no existiendo circunstancia novedosa o distinta respecto a la situación tenida en cuenta para adoptar las medidas provisionales que atribuían la guarda y **custodia** a la madre, procede mantener lo acordado en las señaladas medidas provisionales.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D. Felipe , dictándose sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León , la cual estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de ampliar el régimen de visitas en favor del padre, de forma que el padre pudiese tener a los menores dos tardes en semana, con pernocta y llevándolos al día siguiente al Colegio.

Dicha resolución confirma la atribución de la guarda y **custodia** a la madre. En esencia reproduce los argumentos expuestos por la sentencia de primera instancia. Más en concreto señala que ambos progenitores gozan de aptitud para ejercer la guarda y **custodia** de los hijos menores y que ambos progenitores se relacionan con total normalidad con ellos, existiendo entre los dos padres una infraestructura adecuada para atender a los menores. No obstante, visto el horario laboral del padre y atendido el hecho de que la madre trabaja en el mismo colegio al que asisten los menores le permite a la demandante tener una mayor disponibilidad en todos los órdenes respecto de los hijos, reconociéndose en la sentencia recurrida que el sistema se asimila en cierto modo al de **custodia compartida**.

Contra dicha resolución el padre demandado, D. Felipe , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó por razón de la materia.

El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 92 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan las sentencias de esta Sala de fechas 7 de junio de 2013 , 22 de julio de 2011 y 21 de junio de 2009 , todas ellas relativas al interés del menor. Igualmente se citan como opuestas las sentencias de esta Sala de fechas 17 de diciembre de 2013 , 25 de noviembre de 2013 y 19 de julio de 2013 , todas ellas relativas a los requisitos de la guarda y **custodia compartida**.

La doctrina contenida en las señaladas sentencias es la siguiente: «la interpretación de los artículos 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, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

«Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones

se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos».

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida y el principio de interés del menor. Señala el recurrente que su horario laboral es perfectamente compatible con el horario escolar de los menores, máxime cuando desde el 1 de marzo de 2008 goza de una reducción de jornada para compatibilizar la vida familiar. Añade que la guarda y **custodia compartida** es el régimen normal e incluso deseable, no cabiendo su adopción únicamente en aquellos casos que lo dificulten en exceso o lo desaconsejen. Una mera diferencia en los horarios laborales y escolares de apenas unos minutos o incluso el hecho de que deba, en su condición de militar, realizar algún servicio de guardia de lunes a viernes dos veces al año, no es causa que justifique la falta de establecimiento del régimen de guarda y **custodia compartida**, máxime cuando los progenitores viven en la misma localidad, muy cerca entre los domicilios de los progenitores y del colegio de los menores.

Por último, en el motivo segundo, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 19 de julio de 2013 , 29 de abril de 2013 , 29 de abril de 2013 , 9 de marzo de 2013 y 8 de octubre de 2009 , todas ellas relativas a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y **custodia compartida**.

Argumenta la parte recurrente que el hecho de que inicialmente se atribuyera la guarda y **custodia** a la madre, en medidas provisionales, no es obstáculo para modificar dicho régimen estableciendo el régimen de guarda y **custodia compartida** sobre la base de la existencia de una tendencia jurisprudencial cambiante de la jurisprudencia precedente. Asimismo reitera los argumentos expuestos en el motivo precedente.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un motivo único, que al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC , se alega la infracción del artículo 24 de la CE .

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida realiza una valoración de la prueba errónea en orden a la incidencia de los horarios laborales del padre en cuanto a la determinación de si procede o no la guarda y **custodia compartida**.

Recurso de casación .

SEGUNDO .- Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC por infracción del artículo 92 del Código Civil , al considerar que el juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor STS de 7 de junio de 2013, RC 1128/2012 ; STS 579/2011 , de 22 de julio de 2011 STS 578/2011; de 21 de julio de 2009, RC 338/2009 ; Auto del TS de 2 de diciembre de 2014, RC 1095/2014 . El pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas e ilógicas a la vista de las pruebas practicadas.

Motivo segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la guarda y **custodia compartida** y a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y **custodia compartida** a petición de uno solo de los cónyuges, así como su carácter no excepcional, doctrina asentada por el alto Tribunal por numerosas sentencias, entre ellas la STS de 19 de julio de 2013 , la STS 29 de abril de 2013 (RC 2525/2011) que sienta doctrina a este respecto en su fundamento de derecho cuarto, así como en el apartado 3 del fallo de la citada resolución; la STS 9 de marzo de 2012 (RC 113/2010) y la STS 8 de octubre de 2009 (RC 1471/2006) .

Se estiman los motivos.

Se alega por el recurrente infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, pues en la sentencia recurrida se deniega la **custodia compartida** por la pretendida incompatibilidad de horario del padre, en relación con la recogida de los menores del colegio.

Esta Sala debe declarar que en la resolución recurrida se reconoce y las partes lo mantienen, que ambos progenitores tienen aptitud para hacerse cargo de la educación de sus hijos.

Por otro lado, en la resolución recurrida se amplía el régimen de visitas para otorgar pernocta en las dos noches intersemanales que el padre tiene, hoy día, a los menores y declara que se asimila «en cierto modo al sistema establecido a una **custodia compartida**».

Partiendo de estos pronunciamientos, en la propia resolución recurrida, se reconoce de facto que el horario del padre tiene la suficiente flexibilidad para:

1. Llevar a los menores al colegio la mañana siguiente a la pernocta.
2. Llevarlos al centro escolar el lunes de la semana que corresponden al padre el fin de semana.

Esta Sala declara que, aun reconociendo que siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la **custodia compartida** con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente) que en la sentencia recurrida, de forma incoherente, se le niega como base de la atribución de la **custodia** a la madre y se le reconoce para ampliar a la pernocta, los días intersemanales.

Sobre el sistema de **custodia compartida** esta Sala ha declarado:

«La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y **custodia compartida**, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013)».

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

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

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

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

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

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

CUARTO .- El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de **custodia** será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la **custodia** dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes el progenitor, que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

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

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

No procede pronunciamiento sobre la vivienda, sobre la que se resolverá en ejecución de sentencia, al no haberse solicitado expresamente pronunciamiento sobre el particular, teniendo en cuenta que la capacidad económica de ambos es similar, como se declara en la sentencia recurrida, asumiendo la del Juzgado.

QUINTO .- Esta Sala acuerda estimar el recurso y, asumiendo la instancia, establece el régimen de la guarda y **custodia compartida** sobre los menores y sin que proceda el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, al quedar sin objeto, por ser lo debatido una cuestión de naturaleza sustantiva, al referirse a la idoneidad del horario laboral del padre, como requisito necesario para la **custodia compartida**.

SEXTO .- Estimado el recurso no procede la imposición de costas al recurrente en ninguno de los dos recursos (art. 398 LEC de 2000).

No procede imposición de las costas en las instancias, al estimarse parcialmente las pretensiones de las partes.

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

FALLAMOS

1.º) Sin entrar en el recurso extraordinario por infracción procesal, procede estimar el recurso de casación interpuesto por D. Felipe contra sentencia de 30 de diciembre de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León .

2.º) Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de establecer el régimen de la guarda y **custodia compartida** sobre los menores.

3.º) El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de **custodia** será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la **custodia** dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes el progenitor, que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.



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

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

No procede pronunciamiento sobre la vivienda, sobre la que se resolverá en ejecución de sentencia.

4.º) Procédase a la devolución de los depósitos para recurrir.

5.º) No procede expresa imposición de las costas de ninguno de sus recursos al recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ