



Roj: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707
Id Cendoj: 28079110012015100445
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 545/2014
Nº de Resolución: 465/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 465/2015

Fecha Sentencia : 09/09/2015

CASACIÓN

Recurso Nº : 545 / 2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 15/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Arroyo Fiestas **Procedencia:** Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera. **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls **Escrito por :** L.C.S.

Nota:

CUSTODIA COMPARTIDA. REQUISITOS. Valor de los informes sicosociales.

CASACIÓN Num.: 545/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y Fallo: 15/07/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 465/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

En la Villa de Madrid, a nueve de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 3350/2013 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio de familia por divorcio contencioso núm. 908/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Sebastián, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don José María Carretero Zubeldia, en nombre y representación de don Juan Francisco, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Antonio de Palma Villalón en calidad de recurrente, el procurador don Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de doña María Angeles, en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Olga Miranda Fernández, en nombre y representación de doña María Angeles, interpuso demanda de divorcio, contra don Juan Francisco y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«se acuerdan las siguientes medidas:

1º.- La separación y la disolución del vínculo de los cónyuges, debiendo abandonar el esposo del domicilio conyugal.

2º.- Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro cónyuge, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3º.- Que se atribuya la guarda y **custodia** de los menores Enma, Noemi y Matías a la madre, siendo **compartida** la patria potestad por ambos progenitores.

4º.- Que se determine un régimen de VISITAS y comunicaciones del padre para con los menores consistentes en:

FINES DE SEMANA.

El padre estará con los menores los fines de semana alternos, desde el viernes, en que los recogerá del colegio a su salida, estando en su compañía hasta el lunes, en que los dejará en el colegio al inicio de las clases.

ENTRE SEMANA.

El padre recogerá a sus hijos:

a) En las semanas en las que los fines de semana correspondan a la madre, los miércoles a la salida del colegio o a las 17:00 h y estarán en su compañía hasta el viernes que los llevará el padre al colegio o a las 9:00 h.

b) En las semanas en las que los fines de semana correspondan al padre, además estarán en su compañía desde la salida del colegio de los miércoles hasta el jueves que los llevará el padre al colegio o a las 9:00 h.

NAVIDADES.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos mitades: la primera desde el último día lectivo escolar, desde la salida del colegio, hasta el 30 de diciembre a las 19:00 horas, y la segunda desde el 30 de diciembre a las 19:00 horas hasta el último día de sus vacaciones escolares a las 19:00 horas.

Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo el primer periodo los años en que la Navidad recaiga en año par a la madre y en los años impares al padre.

En la fiesta del Olentzero y en la fiesta de Reyes Magos, se procurará que los niños estén con el progenitor que no los tenga en ese día desde las 16:00 h hasta las 19:00 h. mirando el interés de los menores.

En las Navidades del año 2012-2013 se fija expresamente que los niños estarán en compañía de su madre, los días 21 a 29 de diciembre de 2012, ambos inclusive, y estarán con el padre, desde las 10:00 h de la mañana del día 30 de diciembre de 2012 hasta el día 8 de enero de 2013 que los llevará al colegio.

SEMANA SANTA.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos mitades: la primera desde el último día lectivo escolar, a la salida del colegio hasta el Domingo de Resurrección a las 19:00 horas, y la segunda mitad desde este domingo hasta el último día de sus vacaciones escolares a las 19:00 horas.

Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo el primer periodo los años en que la Semana Santa recaiga en año impar a la madre y en los años pares al padre.

La Semana Santa de 2013 se distribuirá de la siguiente manera: la Semana Santa los niños estarán en compañía de su madre y la Semana de Pascua en compañía de su padre.

VERANO.

El periodo estival o de vacaciones de verano se contará desde el último día lectivo escolar de los menores y se extenderá durante todas las vacaciones hasta el último día de vacaciones escolares.

El padre permanecerá con sus hijos la mitad de las mismas y por periodos quincenales, en los meses de julio y agosto.

En cuanto a los últimos días de junio y los primeros de septiembre hasta el inicio del curso escolar, se repartirán entre ambos padres, comenzando la primera parte el padre, los años pares y la segunda parte, la madre. En los años impares a la inversa, esto es, la madre, empezará por la primera parte.

En el caso de que los menores, durante el periodo vacacional, realicen actividades que supongan la permanencia fuera de los domicilios de ambos padres, se redistribuirá el tiempo de tal forma que los padres disfruten de la compañía de los menores aproximadamente el 50% de las vacaciones.

No obstante lo anterior, los padres mantendrán, permitirán y facilitarán la comunicación de los hijos con el progenitor con el que no conviven y con los respectivos familiares.

El padre disfrutará de sus hijos en el puente del Pilar de este año, y la madre disfrutará del puente de Todos los Santos en noviembre de este año.

La madre disfrutará de sus hijos del 30 de noviembre al 5 de diciembre de 2012 y el padre del 6 al 10 de diciembre.

El tercer fin de semana de diciembre de 2012, esto es del 14 al 16 lo niños permanecerán con la madre.

El segundo fin de semana de enero de 2013, esto es, el 11 al 13, los niños permanecerán en compañía de la madre, el siguiente con el padre y así sucesivamente.

EXCEPCIONES.

a) Independientemente de lo pactado en esta estipulación, los menores permanecerán con el padre afectado, en aquellos eventos familiares que supongan una especial relevancia. Por ejemplo, cumpleaños, aniversarios, banquetes familiares, bodas, bautizos, comuniones...

b) Los días festivos que correspondan entre semana se añadirán para su disfrute al que le haya correspondido el fin de semana más cercano, procurando que coincidan el 50% de los mismos con cada uno.

COMUNICACIONES.

Las comunicaciones de tipo telefónico, telemático, postal, entre los padres y los hijos menores de edad, serán libres.

Dicho régimen del derecho de comunicación, estará única y exclusivamente limitado por las posibles interferencias que las mismas produzcan en la educación de los menores, entendiéndose por tal, que no se produzcan tales comunicaciones en el horario normal escolar.

5º.- Que se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar - DIRECCION000 nº NUM002 , NUM003 - a los hijos y a la madre bajo cuya guarda quedan, al ser el interés más necesitado de protección y ello hasta que los mismos alcancen independencia económica. En cuanto al ajuar doméstico existente en la vivienda familiar se atribuya a la madre debiendo el Sr. Juan Francisco retirar todos sus objetos y enseres de uso personal y abandonar el mismo en el plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

Al respecto es necesario resaltar que el documento de 27 de junio establece como pacto PRIMERO.- 7º. La adjudicación uso y disfrute de la vivienda al esposo. No obstante en este escrito de demanda, como ya se ha dicho, el citado uso se solicita para la esposa en beneficio de los hijos menores dado que la vivienda que

ocupan hoy es de los padres de la esposa por la que abona en concepto de renta la cantidad de 1.000.-# (Doc. núm. 17) al mes. La salida de la vivienda se convino y llevo a cabo por mi representada en las condiciones de cumplimiento del citado acuerdo. Dado que el esposo se ha negado a ratificar dicho acuerdo y, solo cumple con el régimen de visitas pactado. No abona pensión alguna ni tampoco hace frente a la cuota hipotecaria, entendemos que debe tener total acogida la atribución del uso y disfrute de la vivienda que constituye domicilio conyugal a la madre en beneficio de los menores.

La Obligación de pago alimentos se extinguirá para cada uno de los hijos cuando se independicen económicamente.

6º.- Que en concepto de pensión alimenticia, como petición PRINCIPAL el Sr. Juan Francisco contribuirá en la suma de TRES MIL (3.000.-#) euros, que se abonarán durante los 5 primeros día de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que designe la madre. Dicha suma se actualizará con efectos del 1 de enero de cada año, mediante aplicación del porcentaje del incremento del Índice de Precios al consumo elaborado para el total nacional por el INE u organismo que le sustituya en un futuro. En la primera actualización se tendrá en cuenta el incremento del IPC existente entre la fecha de resolución de estas medidas y el del 31 de diciembre del año en curso. En las sucesivas se aplicará el incremento del IPC del año anterior.

Como gastos extraordinarios se incluyen los siguientes: los gastos de uniforme o libros escolares, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos, farmacéuticos, de ortodoncia, logopedia y, en general, los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico correspondiente, así como, en el ámbito formativo, los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar, las clases de equitación que las dos niñas vienen desempeñando desde hace mucho tiempo. Enma compite en ferias nacionales y a Noemi, dada su enfermedad, le es imprescindible dicha actividad. En relación a estas clases si se considerara que son gastos extraordinarios deberán destacarse en tal concepto, por cuanto han venido desarrollándose constante el matrimonio.

La contribución a los gastos extraordinarios a la vista de la capacidad económica del padre y la madre, deberá atribuirse en un 75% al padre y en un 25% a la madre.

En caso de gastos urgentes de carácter necesario, bastará que se informe con posterioridad al otro progenitor si no fuera posible hacerlo previamente.

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso en que se entendiera que es vinculante para los esposos la cláusula en tal sentido y fijada en el convenio firmado el 27 de junio, en atención al importe (1.200.-#) de la pensión, se propone dicho importe de forma subsidiaria bien entendido, que de igual forma debe tenerse en cuenta como gastos extraordinarios los siguientes: los gastos de uniforme o libros escolares, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos, farmacéuticos, de ortodoncia, logopedia y, en general, los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico correspondiente, así como, en el ámbito formativo, los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias u optativas en caso de retraso escolar, las clases de equitación que las dos niñas vienen desempeñando desde hace mucho tiempo. Enma compite en ferias nacionales y a Noemi, dada su enfermedad, le es imprescindible dicha actividad.

La contribución a los gastos extraordinarios a la vista de la situación económica del padre y la madre, deberá atribuirse en un 75% al padre y en un 25% a la madre.

La obligación de prestar alimentos se extinguirá, en relación a cada hijo, cuanto éste sea mayor de edad e independientemente económicamente, sin perjuicio de las causas de extinción de los artículos 150 y 152 del CC.

7º.- El uso de la vivienda familiar y de los objetos de ordinaria utilización, se atribuirán a la madre e hijos bajo cuya guarda queda. Al respecto es necesario resaltar que el documento de 27 de junio establece como pacto PRIMERO.- 7º. La adjudicación uso y disfrute de la vivienda al esposo. No obstante en este escrito de Demanda, como ya se ha dicho, el citado uso se solicita para la esposa en beneficio de los hijos menores dado que la vivienda que ocupan hoy es de los padres de la esposa por la que abona en concepto de renta la cantidad de 1.000.-# al mes. La salida de la vivienda se convino y llevo a cabo por mi representada en las condiciones de cumplimiento del citado acuerdo. Dado que el esposo se ha negado a ratificar dicho acuerdo y, solo cumple con el régimen de visitas pactado. No abona pensión alguna ni tampoco hace frente a la cuota hipotecaria, entendemos que debe tener total acogida la atribución del uso y disfrute de la vivienda que constituye domicilio conyugal a la madre en beneficio de los menores.

Los gastos derivados del uso de la vivienda tales como luz, agua, gas, calefacción, teléfono, tasa de basuras, gastos ordinarios de comunidad y análogos serán satisfechos por la usuaria de la vivienda.

Los gastos extraordinarios de comunidad deberán ser abonados por mitades entre ambos propietarios así como el importe correspondiente al recibo de IBI y el importe de la prima de los seguros de la vivienda y análogos.

8º.- El uso y disfrute del garaje ubicado en la urbanización donde radica la vivienda conyugal deberá ser atribuido a la esposa, dado que el vehículo que utiliza le es necesario para desplazar a los niños a las actividades extraescolares. Los gastos ordinarios y derivados del uso y disfrute serán atribuidos a la usuaria. Si bien el IBI y el importe de la prima del seguro si lo hubiera, serán abonados por mitad entre los cónyuges.

9º.- Los cónyuges disponen de un vehículo Volkswagen 1 T Turismo con número de identificación es NUM000 cuyo uso y disfrute solicitamos sea para la esposa, así como el uso y disfrute de la motocicleta YAMAHA número de identificación NUM001 , solicitamos sea para el esposo.

10º.- En cuanto al régimen económico del matrimonio como efecto inherente a la disolución del matrimonio se solicita la extinción del régimen de gananciales haciendo suyos los cónyuges cada bien que obtengan a partir de esta fecha».

2.- El Fiscal, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando:

«Se tenga por contestada la demanda aducida en los mismos para, tras recibir el juicio a prueba, lo que desde el presente escrito se interesa, dictar sentencia conforme al resultado de la practicada».

3.- El procurador don José María Carretero Zubeldia, en nombre y representación de don Juan Francisco , 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:

« Estimando parcialmente la demanda y declarando la disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña. María Angeles y D. Juan Francisco , adoptando en relación a los hijos comunes las siguientes **MEDIDAS DEFINITIVAS:**

Con carácter principal:

A) MEDIDAS DEFINITIVAS CON CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS MENORES.-

Sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad de los menores,

1. La **custodia** de los tres hijos menores del matrimonio será **compartida** entre los progenitores, por periodos semanales alternos, desde el viernes a la salida de la Ikastola hasta el viernes de la siguiente semana a la hora de entrada al centro escolar. Si no fuera día lectivo la hora de entrega y recogida será las 10 de la mañana. Comenzará la alternancia el padre coincidente con el primer viernes después de notificada la sentencia a las partes.

Las actividades extraescolares las realizaran, en defecto de acuerdo, con el progenitor que esté de turno de **custodia**. El otro progenitor podrá acudir al centro o lugar donde se realicen, como mero asistente sin interferir en la función **custodia** del otro progenitor, salvo acuerdo de los dos.

2. a) La **vivienda** que es el domicilio familiar en C. DIRECCION000 NUM002

A se atribuye a los hijos, en donde convivirán con el progenitor custodio en cada semana, trasladándose a tal fin al domicilio a partir de la hora en que ha recogido a los menores. El otro progenitor habrá abandonado la vivienda dos horas antes.

Uno de los progenitores utilizará siempre como dormitorio personal el cuarto principal existente en la primera planta de la vivienda, y el otro progenitor el cuarto principal existente en la segunda planta, en caso de desacuerdo se celebrará un sorteo entre los progenitores.

Con carácter subsidiario:

b) La **vivienda** que es el domicilio familiar en C. DIRECCION000 NUM002 NUM003 se atribuye su uso al padre, donde convivirá en unión de los menores la semana de turno de **custodia** y el resto de periodos vacacionales que le correspondan.

La vivienda de la CALLE000 nº NUM004 , que es el actual domicilio de la madre, será el domicilio de los menores durante la semana de turno de **custodia** y el resto de periodos vacacionales que le correspondan.

3.- Vacaciones escolares.- Las vacaciones escolares serán repartidas por mitades e iguales partes entre los progenitores y de forma alternativa. Se computará íntegramente el periodo no lectivo que publique el centro escolar.

Las vacaciones de verano, serán distribuidas en cuatro periodos alternos, eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares:

1. desde el inicio de vacaciones a la salida del centro hasta el 15 de julio a las 20:00.
2. desde el 15 de julio a las 20:00 hasta el 31 de julio a las 20:00 horas
3. desde el 31 julio a las 20:00 hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas.
4. desde el 15 agosto a las 20:00 hasta el primer día de clase en el mes de septiembre, a la hora de entrada en el colegio.

El reinicio de la semana de guarda y **custodia** corresponderá al progenitor que haya tenido el tercer turno de las vacaciones de verano, para garantizar la alternancia.

Las vacaciones de Navidad se repartirán por mitades e iguales partes, el primer turno incluirá desde el primer día no lectivo desde la salida del centro escolar hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas y el segundo turno empezará desde el día 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta el primer día lectivo a la hora de entrada al centro escolar.

El reinicio de la semana de guarda y **custodia** corresponderá al progenitor que haya tenido el primer turno de las vacaciones de Navidad, para garantizar la alternancia.

Las vacaciones de Semana Santa serán repartidas de la misma forma que las de Navidad.

Los menores serán recogidos por el progenitor al que corresponda iniciar el turno vacacional en el domicilio de los menores, salvo acuerdo de las partes.

4.- Pensión de alimentos.- Cada progenitor ingresará en los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de **720.-# mensuales** en una cuenta abierta a nombre de los dos, con firma mancomunada. La citada pensión será actualizada anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

En dicha cuenta se domiciliará el pago del colegio y otros gastos ordinarios y corrientes de los menores, como ropa y calzado de diario, comprometiéndose en caso de mantener dos viviendas que los menores tengan en cada una de ellas, ropa de diario y de dormir suficiente para la semana.

También se domiciliará en dicha cuenta el plan juvenil de los menores y el coste del bono mensual de la escuela de equitación de Noemi y los gastos mensuales de equitación de Enma, incluidos concursos y ligas, que serán sufragados íntegramente por la madre quien ingresará mensualmente el importe a que ascienda el recibo del centro Miracampos.

Cada progenitor correrá con los gastos de alimentación de los menores durante el periodo de **custodia** ordinario o vacacional.

5. Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios de los menores que se establezcan a partir del divorcio serán abonados por mitades e iguales partes siempre que estén adoptados, tanto el gasto como la cuantía del mismo, de mutuo acuerdo por los progenitores. En caso contrario su importe se liquidará por el progenitor que unilateralmente lo haya generado.

6. Otras cargas comunes de los esposos.- Las cargas comunes por la propiedad de los bienes en común serán abonadas al 50% por los cónyuges, ingresando su importe en la cuenta común habitual. Se entenderán por tales a) Préstamo hipotecario; b) IBI; c) Comunidad de Propietarios; d) Seguros.

7. Vehículo: El matrimonio tiene un vehículo Volkswagen 1 T, que será destinado para el desplazamiento de los menores, siendo utilizado por el progenitor en turno de guarda y los gastos de mantenimiento anual, permiso de circulación y seguro serán abonados por mitades e iguales partes.

Con carácter secundario:

B) MEDIDAS DEFINITIVAS CON CUSTODIA EXCLUSIVA PARA EL PADRE.-

1. La guardia y custodia de los menores será atribuida al padre, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad. Los menores convivirán con el padre en el domicilio familiar sito en C. DIRECCION000 nº NUM002 NUM003 .

2. **Régimen de visitas.**- A favor de la madre Dña. María Angeles se fijan unos derechos de visita consistentes en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes al inicio de las clases.

Durante la semana previa al fin de semana de la madre, los menores estarán con Dña. María Angeles desde el martes a la salida del colegio hasta el miércoles a la hora de entrada a clase, incluyendo la pernocta.

Durante la semana previa al fin de semana del padre, los menores estarán con la madre la tarde del martes desde la salida del centro escolar hasta el miércoles a la hora de clase y la tarde del jueves desde la salida de clase hasta el viernes a la entrada al centro escolar, incluyendo dos pernoctas, la del martes y la del jueves.

Vacaciones escolares.- Se dan por reproducidas el reparto y distribución de las vacaciones escolares del apartado anterior a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3. **Domicilio familiar.**- Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en C. DIRECCION000 Nº NUM002 NUM003 al progenitor custodio, en este caso el padre, con quien convivirán los menores hasta terminar los estudios y tener independencia económica.

4. **Pensión de alimentos.**- Fijar una pensión de alimentos a cargo de la madre para los menores de **720.-#** mensuales a razón de 240.-# mensuales por hijo y mes. La citada pensión será actualizada anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

La citada pensión será destinada a sufragar el pago del colegio y otros gastos ordinarios y corrientes de los menores, como ropa y calzado de diario, el plan juvenil de los menores y el coste del bono mensual de la escuela de equitación de Noemi .

Además Dña. María Angeles abonará íntegramente el coste de los gastos mensuales de equitación de Enma , incluidos concursos y ligas en los que participe.

5. **Gastos extraordinarios.**- Los gastos extraordinarios de los menores que se establezcan a partir del divorcio serán abonados por mitades e iguales partes siempre que estén adoptados, tanto el gasto como la cuantía del mismo, de mutuo acuerdo por los progenitores. En caso contrario su importe se liquidará por el progenitor que unilateralmente lo haya generado.

6. **Otras cargas comunes de los esposos.**- Se dan por reproducidas el reparto y distribución de las cargas comunes relacionadas en el apartado anterior a fin de evitar repeticiones innecesarias.

7. **Vehículos.**- Se da por reproducida lo relacionado en el correlativo del apartado anterior a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Con carácter subsidiario:

A) MEDIDAS DEFINITIVAS CON CUSTODIA EXCLUSIVA PARA LA MADRE.

1. **La guardia y custodia** de los menores será atribuida a la madre, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad. Los menores convivirán con la madre en el domicilio familiar sito en C. DIRECCION000 nº NUM002

A, hasta que terminen los estudios superiores o alcancen independencia económica.

2. **Régimen de visitas.**- A favor del padre D. Juan Francisco se fijan unos derechos de visita y comunicación con sus hijos consistentes en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes al inicio de las clases.

Durante la semana previa al fin de semana del padre, los menores estarán con D. Juan Francisco desde el martes a la salida del colegio hasta el miércoles a la hora de entrada a clase, incluyendo la pernocta.

Durante la semana previa al fin de semana de la madre, los menores estarán con el padre la tarde del martes desde la salida del centro escolar hasta el miércoles a la hora de clase y la tarde del jueves desde la salida de clase hasta el viernes a la entrada al centro escolar, incluyendo dos pernoctas, la del martes y la del jueves.

Vacaciones escolares.- Se dan por reproducidas el reparto y distribución de las vacaciones escolares del apartado anterior a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3. **Domicilio familiar.-** Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en C. DIRECCION000 N° NUM002 NUM003 al progenitor custodio, en este caso *la madre*, con quien convivirán los menores hasta terminar los estudios y tener independencia económica.

4. Vivienda de la CALLE001 . - Se atribuya al padre el uso y disfrute de la vivienda de la CALLE001 nº NUM005 - NUM006 NUM007 , donde vivirá en compañía de los menores durante los periodos de visitas y comunicaciones ordinarias y vacaciones, en cuanto resuelva por causa de necesidad el contrato de arrendamiento con la actual inquilina.

5. **Pensión de alimentos.-** Fijar una pensión de alimentos a cargo del padre para los menores de **720.-#** mensuales a razón de 240.-# mensuales por hijo y mes. La citada pensión será actualizada anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

La citada pensión será destinada a sufragar el pago del colegio y otros gastos ordinarios y corrientes de los menores, como ropa y calzado de diario, el plan juvenil de los menores y el coste del bono mensual de la escuela de equitación de Noemi .

Dña. María Angeles abonará íntegramente el coste de los gastos mensuales de equitación de Enma , incluidos concursos y ligas en los que participe.

6. **Gastos extraordinarios.-** Los gastos extraordinarios de los menores que se establezcan a partir del divorcio serán abonados por mitades e iguales partes siempre que estén adoptados, tanto el gasto como la cuantía del mismo, de mutuo acuerdo por los progenitores.

7. **Otras cargas comunes de los esposos.-** Se dan por reproducidas el reparto y distribución de las cargas comunes relacionadas en el apartado anterior a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Todo ello con imposición de costas a la actora. Por ser Justicia que pido en Donostia».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia se dictó sentencia, con fecha 6 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**.

Estimar PARCIALMENTE la demanda interpuesta por doña OLGA MARÍA MIRANDA FERNÁNDEZ, en nombre y representación de doña María Angeles , frente a don Juan Francisco y, en consecuencia,

Declaro la disolución, por divorcio, del matrimonio contraído por los expresados don Juan Francisco y doña María Angeles , el día 22 de julio de 2000 en Pasaia, con todos los efectos legales, que se producirán desde la firmeza de esta sentencia, pero sin perjudicar a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil. Y, en especial, acuerdo las siguientes medidas:

1. Disolución del régimen económico matrimonial y revocación de consentimientos y poderes.

Se declara la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo por el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, si así lo solicita alguna de las partes. Quedan revocados, con carácter definitivo, los consentimientos y poderes que cualquiera de los esposos hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2. Régimen de guarda y custodia. Los hijos menores de edad, Enma , Noemi Y Matías , quedarán bajo la guarda y **custodia compartida** de sus dos progenitores. El régimen de estancia con cada uno de ellos será el que se establece en el apartado relativo a estancias, visitas y comunicaciones.

3. Ejercicio de la patria potestad. La patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo. Para facilitar los acuerdos, habrán de establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará por correo electrónico o burofax, debiendo contestar el otro progenitor por alguno de estos medios, entendiéndose, si no lo hace, que presta su conformidad. En caso de discrepancia, resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil . A título indicativo, son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

a) Cambio de domicilio de los menores fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo en caso de viajes vacacionales.

b) Elección inicial o cambio de centro escolar.

c) *Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.*

d) *Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).*

e) *Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.*

El progenitor en cuya compañía se encuentren los hijos podrá adoptar decisiones respecto de los mismos sin previa consulta, en situaciones de urgencia o en decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

4. Régimen de estancias, comunicaciones y visitas. *Como consecuencia del régimen de guarda y custodia compartida, los hijos comunes permanecerán con cada uno de sus progenitores en los periodos determinados libremente entre el padre y la madre en interés filial, exhortándose a ambos para que lleguen a acuerdos al respecto.*

A falta de acuerdo, durante los periodos lectivos permanecerán con cada uno de ellos durante semanas alternas, de viernes a viernes, siendo recogidos por el progenitor al que corresponda estar con ellos a la hora desalida del centro escolar y entregados por éste a la hora de entrada en el centro escolar el viernes de la semana siguiente. En caso de que el viernes correspondiente no fuera lectivo o, por cualquier circunstancia, los menores o alguno de ellos no asistiera al colegio, la entrega y recogida se llevará a efecto a las 10:00 horas en el domicilio del progenitor en el que se encontrasen los menores hasta el momento de la entrega, salvo acuerdo en contra entre las partes. A falta de acuerdo entre las partes, el régimen comenzará el primer viernes siguiente a la notificación de la sentencia en el turno correspondiente al padre.

Ambos progenitores podrán tener comunicación y visitas con sus hijos durante el tiempo de permanencia de los menores con el otro progenitor, así, asistiendo al centro o lugar donde realicen actividades extraescolares, sin perjuicio de la responsabilidad que en el desenvolvimiento de tales actividades tenga el progenitor que en dicho periodo esté ejerciendo la custodia y salvo acuerdo en contra de las partes.

Los periodos de vacaciones escolares de los menores con arreglo a su calendario escolar se distribuirán por partes iguales entre ambos progenitores, correspondiendo al padre el primer periodo en los años pares y el segundo en los impares, salvo acuerdo en contra entre las partes.

El primer periodo de las vacaciones escolares de Navidad comprenderá desde la hora de salida del colegio o, en su defecto, desde las 17:00 horas del último día lectivo hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre y el segundo periodo desde las 20:00 horas del 30 de diciembre hasta la hora de entrada al colegio o, en su defecto, hasta las 9:00 horas del primer día lectivo.

El primer periodo de las vacaciones escolares de Semana Santa (Semana Santa propiamente dicha) comprenderá desde la hora de salida del colegio o, en su defecto, desde las 17:00 horas del último día lectivo hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección y el segundo periodo desde las 20:00 horas del Domingo de Resurrección hasta la hora de entrada al colegio o, en su defecto, hasta las 9:00 horas, del primer día lectivo.

El primer periodo de las vacaciones de verano comprenderá desde la salida del centro escolar el último día lectivo o, en su defecto, desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas del 15 de julio y desde las 20:00 horas del 31 de julio hasta las 20:00 horas del 15 de agosto, mientras que el segundo periodo comprenderá desde las 20:00 horas del 15 de julio hasta las 20:00 horas del 31 de julio y desde las 20:00 horas del 15 de agosto hasta la hora de entrada en el centro escolar el primer día lectivo o, en su defecto, hasta las 9:00 horas.

Los días de Olentzero y Reyes Magos, los menores podrán estar con el progenitor con el que no les corresponda en ese periodo durante tres horas que, a falta de otro acuerdo entre las partes, se extenderán entre las 16:00 y las 19:00 horas.

El régimen de estancias en semanas alternas quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, reanudándose a favor de aquél de los progenitores al que no le haya correspondido permanecer con los menores en el último periodo vacacional.

Las entregas y recogidas de los menores, cuando no puedan o hayan de llevarse a efecto en el centro escolar, tendrán lugar, a falta de otro acuerdo entre las partes, en el domicilio del progenitor con el que se encontrasen los menores hasta el momento de la entrega. Tales entregas y recogidas podrán llevarse a efecto mediante persona interpuesta de la confianza de uno u otro progenitor.

Aun en caso de desacuerdo, el régimen de comunicación del progenitor con el que no se encuentren los menores en cada momento permitirá que puedan relacionarse por teléfono, carta, correo electrónico, internet, redes sociales, SMS o cualquier otro medio apropiado para ello conforme a las exigencias de la buena fe, siempre respetando los horarios de estudio, actividades y descanso. Asimismo, permitirá que puedan relacionarse en los supuestos de enfermedad, allí donde se encuentre el enfermo conforme a las exigencias de la buena fe, aunque sin que ello permita acceder al domicilio del otro progenitor sino en caso de enfermedades graves.

5. Atribución del uso de la vivienda familiar. Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma al padre, don Juan Francisco .

6. Contribución a las necesidades alimenticias de los hijos. Ninguna de las partes está obligada a entregar a la otra cantidad alguna para hacer frente a las necesidades alimenticias de los hijos, sino que cada una ha de contribuir mediante su manutención y sustento en los periodos en que están en su compañía. En esta contribución que realiza cada una de las partes han de entenderse incluidos los gastos de alimentación, mantenimiento y sustento inmediato, como los gastos relativos a productos de higiene, farmacia y ocio, así como la parte de los consumos del hogar que pudieran considerarse repercutibles a los menores como contribución a su derecho de habitación.

Para hacer frente a otros gastos de naturaleza ordinaria, como los relativos a educación, ropa o calzado y otros que excedan de aquellos a los que se ha hecho referencia anteriormente, habrán de contribuir ambos progenitores al 50%. Para ello, a falta de otro acuerdo entre las partes, habrán de constituir una cuenta común en la que habrán de ingresar cada uno 720.- euros mensuales (240.- euros por cada uno de los hijos), cantidad que ingresarán por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, y que se actualizará anualmente en la misma proporción que varíe el Índice General de Precios al Consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, con efectos del primero de enero y a partir del año 2014. En caso de que las cantidades ingresadas en dicha cuenta resulten insuficientes para atender a los gastos ordinarios de los menores, ambas partes estarán obligadas a contribuir en la misma proporción anteriormente indicada.

Por otra parte, procede que los gastos extraordinarios y necesarios sean costeados por ambos progenitores al 50%, siempre que estén de acuerdo en ello y que quede acreditación documental de modo fehaciente, precisándose en otro caso de autorización judicial, que serán previas en uno y otro caso, salvo en supuestos de urgencia. En este concepto se excluyen, por ejemplo, los gastos de uniforme o libros escolares (de periodicidad anual cierta), pero se comprenden, sin ánimo de agotar todo el catálogo concebible, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos, farmacéuticos, de ortodoncia, logopedia y, en general, los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental que no estén cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico correspondiente, así como, en el ámbito formativo, los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar. Si el gasto que hubiera de realizarse fuera médico, no estuviera cubierto por la Seguridad Social o entidad médica correspondiente y fuera necesario, deberá abonarse al 50% por ambos progenitores, sin perjuicio del acuerdo sobre la elección de facultativo y tratamiento.

Los gastos relativos a la actividad de equitación de las menores, como gastos extraordinarios que son, habrán de ser satisfechos por partes iguales entre ambos progenitores siempre que medie el referido acuerdo a que se acaba de hacer mención, siendo satisfechos, a falta de acuerdo, únicamente por aquel de los progenitores que preste consentimiento a dicha actividad.

Este modo de manutención y contribución se abonará hasta que los hijos, habiendo alcanzado la mayoría de edad, se independicen económicamente o estén en condiciones de independizarse con arreglo a las exigencias de la buena fe.

7. Contribución a las cargas. Serán costeados por partes iguales los gastos de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda común, así como, en general, los gastos asociados a la propiedad de dicho inmueble y del resto de bienes comunes (derramas comunitarias, tributos y seguros). Los consumos y demás gastos asociados al uso de dicho bien común poseído sólo por el esposo serán satisfechos por éste.

8. Atribución del uso del garaje y vehículos. No ha lugar a establecer pronunciamiento sobre las pretensiones de atribución del uso de tales bienes.

La eficacia de las anteriores medidas no queda suspendida por los recursos que se interpongan contra la sentencia.

No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas procesales.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia, con fecha 2 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS** .

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto la procuradora Sra. Miranda en representación de Dña. María Angeles contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastián en el Procedimiento de Divorcio sin acuerdo número 908/2012 y, en consecuencia, revocamos la resolución apelada en el sentido siguiente:

1º.- *Atribución a la madre de la guarda y **custodia** de los menores Enma , Noemi y Matías , siendo **compartida** la patria potestad entre ambos progenitores.*

2º.- *En relación al régimen de visitas / comunicaciones: I.-) Régimen de visitas fines de semana alternos.*

El padre estará con los menores desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en el que los dejará en el colegio a la hora de inicio de las clases.

II.-) Visitas inter semanales.

A.-) Semanas en los que los fines de semana correspondan al padre. Los menores estarán en compañía del padre desde la salida del

colegio el miércoles hasta el jueves, día en el que el padre los llevará al colegio a la hora de inicio de las clases.

B.-) Semanas en los que los fines de semana correspondan a la madre.

Los menores estarán en compañía del padre desde la salida del colegio el miércoles hasta el viernes, día en el que el padre los llevará al colegio a la hora de inicio de las clases.

III.-) Vacaciones: Semana Santa, verano y Navidad. A.-) Navidad.

Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitades e iguales partes:

La primera desde el último día lectivo escolar, desde la salida del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas.

La segunda desde el día 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta el último día de las vacaciones escolares a las 20:00 horas.

Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo el primer periodo los años en que la Navidad recaiga en año par a la madre, y en los años impares al padre.

En la fiesta del Olentzero y en la fiesta de los Reyes Magos, se procurará que los niños estén con el progenitor que no los tenga en ese día desde las 16:00 horas hasta las 19:00 horas.

En las Navidades del año 2012-2013, se fija expresamente que los niños estarán en compañía de su madre los días 21 a 29 de diciembre de 2012, ambos inclusive, y estarán con el padre desde las 10:00 horas de la

B.-) Semana Santa.-

Se dividirán en dos mitades:

-La primera desde el último día lectivo escolar a la salida del colegio hasta el Domingo de Resurrección a las 19:00 horas.

-La segunda mitad desde el Domingo de Resurrección hasta el último día de sus vacaciones escolares a las 19:00 horas.

Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo el primer periodo los años en que la Semana Grande recaiga en año impar a la madre y en los años pares al padre.

La Semana Santa de 2013 se distribuirá de la siguiente manera: La Semana Santa los niños estarán en compañía de su madre y la Semana de Pascua en compañía de su padre.

C.-) Verano:

El periodo estival de vacaciones se extenderá desde el último día lectivo escolar de los menores hasta el último día de las vacaciones escolares.

El padre permanecerá con los menores la mitad de las mismas y por periodos quincenales en los meses de julio y agosto.

-Desde el 1 de julio a las 09:00 horas hasta el día 15 de julio a las 20:00 horas.

-Desde el 15 de julio a las 20:00 horas hasta el 31 de julio a las 20:00 horas

-Desde el 31 de julio a las 20:00 horas hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas.

-Desde el 15 de agosto a las 20:00 horas hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas.

En cuanto a los últimos días de junio y los primeros de septiembre hasta el inicio del curso escolar, se repartirán entre ambos padres, comenzando la primera parte el padre los años pares, y la segunda parte, la madre.

En los años impares a la inversa, esto es, la madre, empezará la primera parte y la segunda parte el padre.

En el caso de que los menores, durante el periodo vacacional, realicen actividades que supongan la permanencia fuera de los domicilios de ambos padres, se redistribuirá al tiempo de tal forma que los padres disfruten de la compañía de los menores, aproximadamente el 50% de las vacaciones.

No obstante lo anterior, los padres mantendrán, permitirán y facilitarán la comunicación de los hijos con el progenitor con el que no conviven y con los respectivos familiares.

3º.- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario a la madre Dña. María Angeles .

4º.- Se fija en la suma de 900.- euros mensuales por los tres hijos el importe de la pensión alimenticia a satisfacer mensualmente por D. Juan Francisco .

5º.- Declarar como extraordinario los gastos derivados de la actividad hípica de las menores, debiendo los progenitores en un 50% de su importe cada uno de ellos.

6º.- Se mantienen los pronunciamientos contenidos en los siguientes epígrafes del FALLO de la sentencia de instancia: epígrafe 1 relativo a la disolución del régimen económico matrimonial y revocación de poderes; epígrafes 7 y 8 del FALLO de la sentencia recurrida relativos a la contribución de cargas y a la atribución del uso del garaje y vehículos respectivamente.

No procede efectuar expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en la alzada.

Y Auto de aclaración en fecha 26 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es:

i.-) En relación al recurso de aclaración interpuesto por la representación procesal de Dña. María Angeles respecto a la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2013 dictada por este Tribunal en la alzada en el Rollo de Apelación 3350/13 -C:

-Haber lugar a la aclaración solicitada en relación al FALLO número 2º En relación al régimen de visitas / comunicaciones "epígrafe" iii.-)

Vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad" apartado "B.-) Semana Santa" penúltimo párrafo, el cual tendrá la siguiente redacción en lugar de la recogida en la sentencia.

"Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año. Correspondiendo el primer periodo de los años en la que Semana Santa recaiga en año par a la madre y en los impares al padre".

ii.-) En relación al recurso de aclaración/ complemento propuesto por D. Juan Francisco respecto a la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2013 dictada por este Tribunal en la alzada en el Rollo de Apelación 3350/13 -C:

-En relación al último párrafo contenido en el apartado 2º iii.-) C.-) del FALLO de la sentencia cuyo tenor literal es el siguiente:

"No obstante lo anterior, los padres mantendrán y permitirán la comunicación con el progenitor con el que no conviven y con los respectivos familiares".

Procede complementarlo quedando el texto redactado de la siguiente forma:

"No obstante lo anterior, los padres mantendrán y permitirán la comunicación con el progenitor con el que no conviven y con los respectivos familiares. La comunicación podrá verificarse mediante correo postal, internet o vía telefónica".

Permaneciendo inalterables el resto de pronunciamientos contenidos en el FALLO de la sentencia dictada en apelación.

TERCERO .- 1.- Por la representación procesal de don Juan Francisco se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único. Al amparo de lo dispuesto en el núm. 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y de la doctrina del Tribunal Supremo que las interpreta.

Vulneración del art. 2, 3 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, art. 39 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990 (Resolución A 3- 0172/92 de 8 de julio). Y los arts. 92, 154 y 159 que consagran el principio del interés del menor, principio informador del derecho de familia.

*Se invoca infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las STS, Sala Primera, núm. 623/2009 de 8 de octubre, núm. 94/2010 de 11 de marzo, núm. 579/2011 de 22 de julio, señaladamente la núm. 257/2013 de 29 de abril, porque sienta doctrina jurisprudencial en la materia, así como la núm. 495/2013 de 19 de julio, en cuanto que integran y definen el marco conceptual del favor minoris así como también proporcionan los requisitos que han de ser observados para la correcta adopción de los diferentes sistemas de guarda y **custodia** de menores ajustándolos al principio del interés superior del menor.*

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de septiembre de 2014, se acordó admitir el recurso interpuesto 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 el procurador don Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de doña María Angeles, presentó escrito de oposición al mismo y el Fiscal se adhirió al recurso interesando una guarda y **custodia compartida** por ambos progenitores.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 15 de julio del 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D. Juan Francisco y D.^a María Angeles contrajeron matrimonio el 22 de junio de 2000, siendo progenitores de tres hijos Enma (21-4-2004), Noemi (14-2-2006) y Matías (9-6-2009).

Por el Juzgado de Primera Instancia se declara el divorcio y se establece un régimen de guarda y **custodia compartida**. Fundamenta la medida en la STS de 7 de julio de 2011. Atiende a práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores, las aptitudes personales de los progenitores y cumplimiento de sus deberes en relación con los hijos (que entiende concurren en ambos) y los deseos manifestados por los menores. En cuanto a lo acordado inicialmente en convenio no ratificado se valora como indicio de voluntad en el momento de su firma, valorando el cumplimiento del régimen de visitas pactado con tres noches de pernocta; excluye que los conflictos entre los progenitores tengan intensidad tan relevante como para que los progenitores olviden el interés de sus hijos al objeto de hacer valer su propio interés. Excluye dificultad por ubicación de los respectivos domicilios y por horarios y actividades de uno y otro progenitor y no comparte la conclusión del informe sicosocial que considera como obstáculo para la guarda y **custodia compartida** la discrepancia de los progenitores sobre la misma.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en sentencia de 2 de diciembre de 2014, revoca parcialmente la sentencia, atribuyendo la guarda y **custodia** del menor a la madre y establece el régimen de visitas a favor del padre.

Se fundamenta la revocación de la guarda y **custodia compartida** fijada por la sentencia de primera instancia, con base al principio favor fillii, considerando la Audiencia Provincial que es la medida que mejor protege el interés de los menores. Tras el análisis de la prueba practicada, el Tribunal sostiene su decisión en la mayor imparcialidad del informe del equipo sicosocial frente a los de parte; la escasa edad de los menores (9, 7 y 4 años); el acuerdo de 27 de junio de 2012, suscrito entre ambos progenitores en el que acordaron que la guarda y **custodia** de los menores la ostentara la madre y en el que no se aprecia acreditada intimidación, ni error esencial, ni dolo ni ningún vicio esencial del consentimiento, sin apreciarse motivo para la resolución del acuerdo (art. 1124 CC) y en el desacuerdo sustancial en relación al cambio de domicilio de los hijos.

Por el Ministerio Fiscal se solicitó la casación de la sentencia y la confirmación de la dictada por el Juzgado.

SEGUNDO .- *Motivo único. Al amparo de lo dispuesto en el núm. 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y de la doctrina del Tribunal Supremo que las interpreta.*

Vulneración del art. 2 , 3 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , art. 39 CE , la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990 (Resolución A 3- 0172/92 de 8 de julio). Y los arts. 92, 154 y159 que consagran el principio del interés del menor, principio informador del derecho de familia.

*Se invoca infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las STS, Sala Primera, núm. 623/2009 de 8 de octubre , núm. 94/2010 de 11 de marzo , núm. 579/2011 de 22 de julio , señaladamente la núm. 257/2013 de 29 de abril , porque sienta doctrina jurisprudencial en la materia, así como la núm. 495/2013 de 19 de julio, en cuanto que integran y definen el marco conceptual del favor minoris así como también proporcionan los requisitos que han de ser observados para la correcta adopción de los diferentes sistemas de guarda y **custodia** de menores ajustándolos al principio del interés superior del menor.*

Se estima el motivo.

Alega el recurrente que no se ha tenido en cuenta el interés de los menores y que la sentencia recurrida se apoya radicalmente en el informe sicosocial del perito judicial.

Añade que las partes pactaron un sistema de estancias y visitas que ofrecía un régimen de pernoctas muy similar a la **custodia compartida**.

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).

En el presente caso, la Audiencia provincial y los propios progenitores se reconocen capacidad y aptitud para desempeñar sus funciones con los tres hijos. Ambos reconocen el cariño que los hijos tienen por el otro; extremos que confirma el informe sicosocial del perito judicial. No consta afectación psicológica de los menores.

El perito judicial concluye que convendría mantener la **custodia** de la madre, para evitar nuevas adaptaciones y solo estimaría la **custodia compartida** si hubiese acuerdo entre las partes.

La Audiencia Provincial tras analizar la prueba sustenta su decisión:

1. En el informe sicosocial del perito judicial.
2. En el convenio regulador no ratificado.

En cuanto al informe sicosocial declara esta Sala, como bien se reconoce en la sentencia del juzgado, que la mera discrepancia sobre el sistema de **custodia compartida** no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de **custodia compartida**, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.

Por tanto, las conclusiones del informe sicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos. (sentencia de 18-11-2011, rec. 1728/2009).

En cuanto a la importancia que el tribunal de apelación confiere al convenio regulador, no ratificado, debemos recordar que mientras no se acepte por las partes solo es un elemento de negociación que puede ser ratificado o no, sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó (art. 1261 C. Civil).

TERCERO .- Por lo expuesto, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial pues no analiza la necesidad o no de la **custodia compartida**, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del "status quo".

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 de los menores 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 de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

CUARTO .- Estimada la casación, este tribunal se constituye en la posición del tribunal de apelación y en base a ello *procede ratificar lo acordado en la sentencia del juzgado de primera instancia, excepto lo relativo a la vivienda familiar y garaje anexo* .

En cuanto la vivienda familiar y garaje, el juzgado la atribuyó al padre al considerar que ostentaba el interés más digno de protección. Dicha atribución fue indefinida. La madre (D.^a María Angeles) y los niños, residían en vivienda propiedad de los abuelos maternos, arrendada a D.^a María Angeles .

De lo actuado se deduce que ambos perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, y una digna autonomía económica. Por tanto, no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar "sine die", por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del C. Civil , aplicado analógicamente, se fija un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

QUINTO .- Estimado el recurso no procede imposición de las costas derivadas de la casación (art. 398 LEC). No procede imposición de las costas de las instancias.

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Juan Francisco , representado por el Procurador D. Antonio Palma Villalón, contra sentencia de 2 de diciembre de 2013 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa .

2. CASAR la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos parcialmente la dictada en primera instancia con fecha 6 de mayo de 2013, en autos de juicio de divorcio número 908 de 2012 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Donostia.

3. Tan solo se modifica la sentencia de primera instancia en cuanto fijamos un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

5. No se imponen las costas de las instancias.

6. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

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 Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. 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 Secretario de la misma, certifico.