

Roj: **STS 4089/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4089**Id Cendoj: **28079110012016100528**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/09/2016**Nº de Recurso: **1628/2015**Nº de Resolución: **545/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 16 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 19/2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio de **divorcio** contencioso núm. 310/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Telde; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Edmundo, representado por el procurador D. Francisco Javier Blat Avilés, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Travieso Rodríguez, representándole en esta alzada por designación del turno de oficio el procurador D. José Ángel Donaire Gómez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Justa representada por el procurador D. Antonio Gómez de la Serna Adrada bajo la dirección letrada de Dña. Pino de la Nuez Ruiz y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Justa, representada por la procuradora Dña. Patricia Hernández Ryan y bajo la dirección letrada de Dña. María del Pino de la Nuez Ruiz, interpuso demanda de **divorcio** y regulación de medidas definitivas frente a D. Edmundo y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se acuerde la disolución por causa de **divorcio** del matrimonio formado por doña Justa y D. Edmundo, por la que se decrete y apruebe las siguientes medidas definitivas y la condena en costas en caso de oponerse a las mismas: Que se puntualizan las modificaciones solicitadas puesto que estando conformes con casi todas las medidas adoptadas y dado el cumplimiento de las mismas en el corto período de vigencia, se solicita se señalen como medidas definitivas que se adopten en la sentencia y esta parte solamente solicita ya que está conforme con casi todas las medidas adoptadas y dado el cumplimiento de las mismas en el corto período de vigencia, se solicita se señalen como medidas definitivas que se adopten en la sentencia se solicitan la adopción de medidas definitivas relativas a medidas, 1º, 2º, 3º, 4º con la incorporación dado que estamos ante una demanda de **divorcio**:

»1º.- Se decrete el **divorcio** de los cónyuges quienes pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal; asimismo, quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

»La adopción de medidas definitivas relativas a patria potestad compartida; y guarda y custodia exclusiva para la madre.

»2º.- La patria potestad sobre el hijo común continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán



adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el art. 156 del Código Civil .

»A título indicativo, son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad entre otras las relativas a las siguientes cuestiones: cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales, elección inicial o cambio de centro escolar y determinación de las actividades extraescolares y complementarias, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, psicológicos o similares, que no sean de poca entidad tanto se entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro.

»Y en cuanto a la Medida 5.ª régimen de visitas a favor del cónyuge no custodio: continuar la misma redacción incluyendo la modificación con esta propuesta de redacción:

»"Se establece como régimen de visitas a favor del progenitor no custodio el siguiente:

»El padre dispondrá del más amplio y flexible régimen de visitas con el hijo, siempre sujeto al consenso de ambos progenitores todo ello siempre bajo el criterio de lo más beneficioso para el menor y sujeto, al consenso de los progenitores, atendiendo siempre y en todo momento, a su interés y educación integral.

»Si en algún momento surgieren desavenencias en relación con la comunicación y contacto del padre con el menor, se establecerá el siguiente régimen de visitas:

»a.-) La primera y tercera semana del mes, desde el jueves al domingo, con pernocta, debiendo efectuarse la recogida del menor a la salida del colegio y el reintegro de éste en el domicilio materno a las 19:00 Hrs. del domingo.

»b.-) La segunda y cuarta semana de cada mes, los martes y jueves, con pernocta, de tal manera que el padre recogerá al menor a la salida del colegio y lo reintegrará a la mañana siguiente al centro escolar.

»c.-) Vacaciones:

»- Vacaciones de Semana Santa.- Se dividirán en 2 períodos; el primero, desde el día de su inicio a las 17:00 Hrs. hasta el Jueves Santo a las 10:00 Hrs. y el segundo, desde el Jueves Santo a las 10:00 Hrs. hasta el Domingo de Resurrección a las 20:00 Hrs. El padre elegirá período en los años pares y la madre, en los impares. Una vez que el menor cumpla los 7 años de edad, se disfrutará por períodos completos, correspondiendo a cada uno de los progenitores la Semana Santa completa en años alternativos, correspondiendo al padre los años pares y la madre, los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con una antelación de 30 días.

»- Vacaciones de Verano.- El padre ejercerá sus visitas un mes repartido en dos períodos de 15 días (15 días en el mes de Julio y 15 días en el mes de Agosto), siendo el horario de entrega y recogida en cada período para su inicio y finalización las 10 Hrs.; a elección del padre los años pares y la madre los impares, debiendo comunicarle al otro progenitor con la antelación de 30 días.

»- Vacaciones de Navidad.- Se dividirán por mitad entre ambos progenitores a elección del padre los años pares y de la madre los años impares, debiendo comunicarle al otro progenitor con la antelación de 30 días.

»Durante los períodos vacacionales los progenitores se comprometen a comunicar al otro el lugar donde se encuentre el hijo, dirección y teléfono. Además, en caso de salida del territorio nacional del menor con uno de los progenitores, será necesario el conocimiento del otro progenitor.

»Asimismo, ambos progenitores facilitarán la comunicación del hijo con el otro progenitor. En el caso de que el menor tuviera alguna enfermedad que precise hospitalización, internamiento o que debe quedarse en el domicilio, el progenitor con quien se encuentre lo deberá comunicar al otro.

»Los días de cumpleaños de los padres y del menor, el progenitor con quien en ese momento no le corresponda estar con el menor podrá comunicar y estar con él durante dos horas por la tarde, que en caso de desacuerdo será entre las 17:00 Hrs. y las 19:00 Hrs.

»La comunicación de los temas de interés sobre el hijo se realizará directamente entre los progenitores y no a través del niño".

»Los puentes y las fiestas independientes, así como las fiestas escolares corresponderán uno para cada uno de los progenitores, llegando estos a un acuerdo a principios de año en el cual distribuirán dichos puentes y fiestas, debiendo corresponder la mitad de estos para cada uno de los progenitores

»En el caso de que el menor tuviere algún tipo de enfermedad que precisare hospitalización o incluso internamiento en un establecimiento idóneo para su tratamiento o, simplemente, su estado de salud



aconsejare no trasladarlo de su domicilio habitual a ningún otro o fuera del mismo el progenitor con el que se encuentre se compromete a comunicárselo al otro.

»Así como se reiteran como medida definitiva la medida 6.<sup>a</sup> uso del domicilio incorporando el uso del garaje y del trastero; y se reitera la redacción de la Medida definitiva de la medida 7.<sup>a</sup> alimentos y gastos extraordinarios incorporando el importe mensual de 250.-€.

»Y se solicita se incorpore en la resolución judicial, sentencia de **divorcio** pronunciamiento en cuanto a los gastos comunes de ambos en concepto de deuda al mantener la copropiedad en proindiviso de un inmueble, trastero y garaje, atribuidos a Dña. Justa su uso exclusivo, y que constituye el domicilio familiar, ambos continuarán con sus obligaciones con la entidad financiera en la parte y montantes con la carga hipotecaria.

»A.- El préstamo hipotecario que grava la meritada finca registral Urbana.- Vivienda identificada como NUM000 situada en la planta baja del edificio sito en la CALLE000 , en Casas DIRECCION000 , término municipal de Telde. El uso exclusivo de la mitad indivisa a la derecha del patio de luces 2, y de la plaza de garaje identificada como NUM000 situada en la planta sótano del edificio, y del cuarto trastero identificado como NUM000 , inscripción: Se halla inscrita en el Registro de la Propiedad de Telde número Uno, al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , e inscripción 1.<sup>a</sup> de la finca NUM004 .

»Inmueble que constituye el domicilio familiar adjudicado a Dña. Justa , cada uno abonará la mitad de las cuotas como hasta este momento y el importe de exceso del mismo (novación de 300,90€) seguirá Dña. Justa abonándolo en su cuenta propia, manteniendo únicamente esta cuenta conjunta como cuenta asociada al préstamo y donde están domiciliados y continuarán el préstamo hipotecario, los seguros de vida vinculados, el seguro del inmueble, e impuesto de bienes inmuebles y la comunidad de propietarios, manteniendo la cuenta conjunta asociada a la hipoteca

»B- El seguro de inmueble y el IBI del mismo inmueble domicilio familiar, así como la comunidad de propietarios serán abonados a medias manteniendo su cargo en la cuenta conjunta asociada a la hipoteca.

»C.- El seguro de vida vinculado a la hipoteca, cada uno abonará el suyo manteniendo su cargo en la cuenta conjunta asociada a la hipoteca.

»D.- Los recibos de suministros de agua y luz, vinculado al uso de la vivienda lo abonará Dña. Justa al serle atribuido el uso y disfrute de dicho inmueble en cuenta articular a partir de la fecha de la sentencia».

**2.-** El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables interesando al juzgado que le tuviera por personado y en su día:

«Dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

**3.-** D. Edmundo compareció en calidad de demandado representado por la procuradora Dña. Teresa Víctor Gavilán y bajo la dirección letrada de Dña. Francisca Ruiz López, y contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación; terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se dicte en su día sentencia por cuya virtud se declare la extinción del vínculo conyugal por **divorcio**, acordándose en la misma los efectos que seguidamente se relacionan:

»A. La patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

»B. El sistema de guarda y custodia del hijo común, Baltasar , será compartida entre sus progenitores, del siguiente modo:

Período escolar.

»El menor permanecerá con sus padres, alternativamente y por semanas con cada uno de ellos y en sus respectivos domicilios, desde la salida del colegio los viernes de la semana correspondiente, hasta la misma hora del viernes de la semana siguiente. El intercambio del hijo común se llevará a cabo, por tanto y salvo pacto en contrario, en el centro escolar donde éste curse sus estudios, los viernes de cada semana a la finalización de las clases.

»Períodos vacacionales.

»- Tanto en Semana Santa como en verano y Navidades, el tiempo de vacaciones del menor se distribuirá al 50% entre los dos progenitores. En caso de discrepancia a la hora de la elección de los períodos vacacionales, corresponderá al padre la elección en los años pares y a la madre en los impares.

»- Dada la extensión del período vacacional estival, éste será dividido en dos sub-períodos, a disfrutar por ambos padres, del siguiente modo:



»1) Primera quincena de julio (desde las 10:00 horas del día primero hasta la misma hora del día 16 de dicho mes) y primera quincena de agosto (desde las 10:00 horas del día primero hasta la misma hora del día 16 de dicho mes).

»2) Segunda quincena del mes de julio (desde las 10:00 horas del día 16 de julio hasta la misma hora del 1 de agosto) y segunda quincena del mes de agosto (desde las 10:00 horas del 16 de agosto hasta la misma hora del día 1 de septiembre).

»- El progenitor con el que permanezca el menor, facilitará la comunicación de su hijo con el otro progenitor, así como el lugar donde se encuentre éste, caso de no permanecer en el domicilio habitual.

»C. Gastos ordinarios del menor. Cada uno de los progenitores soportará los gastos generados por su hijo - alimentos, alojamiento, vestuario, transporte, etc.- durante los períodos que, en el marco de la guarda y custodia compartida, éste pase con cada uno de ellos.

»D. Gastos extraordinarios. Se abonarán por mitad por ambos progenitores, previo consenso de los mismos, entendiéndose por tales los médicos, farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o la póliza de seguro médico actual del menor con la compañía Sanitas, dentista, oculares, gasto de comienzo de curso como libros, matrículas, uniforme, material escolar, clases de refuerzo, matrícula universitaria o de estudios superiores. No tendrán la naturaleza de gastos extraordinarios los gastos de carácter educativo, ya que dentro del concepto de alimentos se incluyen los gastos de educación.

»Así mismo tendrán la naturaleza de gasto extraordinario, debiendo ser abonados por mitad por ambos progenitores, los gastos de naturaleza deportiva y cultural que sean acordados por ambos o para cuando sean decididos por autoridad judicial. En caso de discrepancias, el gasto extraordinario será abonado por el progenitor que decida su realización. Dichos gastos extraordinarios deben ser notificados vía correo electrónico, entendiéndose consentidos si a los siete días de recepción de los mismos no han sido rechazados. Tales gastos se abonarán en la cuenta que decidan los progenitores.

»Los gastos de las clases de judo, inglés y natación, serán abonados, al 50%, por ambos progenitores, tal como viene efectuándose en la actualidad, así como la prima del seguro médico del menor.

»E. Distribución de las cargas económicas del matrimonio. La única carga económica a la que en la actualidad ambas partes deben hacer frente, se materializa en una hipoteca (préstamo hipotecario número NUM005 ) que grava la actual vivienda familiar. A fecha de hoy, el capital pendiente de amortizar es de 67.762,11.-€. Tal amortización se lleva a cabo por ambos cónyuges, al 50%, a través de la cuenta conjunta abierta en el Banco de Santander bajo el núm. NUM006 .

»Sobre dicho crédito hipotecario se produjo una novación, en forma de ampliación de crédito, del que con esta fecha resta por amortizar la cantidad de 38.586,68.- €. A esta amortización viene respondiendo, de forma exclusiva, la actora.

»En definitiva, el crédito hipotecario seguirá siendo soportado por ambas partes, mientras que la amortización de la novación del anterior crédito sólo será a cargo de la actora.

»Subsidiariamente y para el supuesto de que este Tribunal no acceda a otorgar la guarda y custodia compartida a los progenitores, se acuerden las siguientes medidas:

»a) La patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo; en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil .

»b) La guarda y custodia del hijo común, Baltasar , será otorgada a la progenitora, doña Justa .

»c) Se establece como régimen de visitas a favor del progenitor no custodio el siguiente:

»El padre, progenitor no custodio, dispondrá del más amplio, libre y flexible régimen de visitas, sin sujeción ni a fechas ni a horarios, predominando el que ambos fijen, siempre que medie acuerdo entre ellos y con él se proteja el bienestar de su hijo. Subsidiariamente y sólo en el caso de desacuerdo entre ambos progenitores, éstos se obligan al cumplimiento del régimen conformado por las siguientes estipulaciones:

»Período escolar.

»El menor permanecerá con su padre en la forma siguiente:

»1) La primera y tercera semana de cada mes, desde el jueves, a la salida de éste del colegio, al domingo, con pernocta, debiendo reintegrarse el menor al centro escolar en la mañana del lunes siguiente.



»2) La segunda y cuarta semana de cada mes, los martes y jueves, con pernocta, de tal manera que el padre, cada uno de los anteriores días, recogerá al menor a la salida del colegio y lo reintegrará a la mañana siguiente al centro escolar.

»3) Dado que en la anterior distribución por semanas se afronta el hecho cierto de que no puede ser dividido cada uno de los meses del año en cuatro semanas exactas, tal distribución deberá ser entendida como "por semanas alternativas".

»Períodos vacacionales.

»- Vacaciones de Semana Santa.- Se dividirán en dos períodos: el primero, desde el día de su inicio, el Lunes Santo a las 10:00 horas hasta el Jueves Santo a la misma hora; y el segundo desde el Jueves Santo a las 10:00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20:00 horas. El padre elegirá períodos en los años pares la madre en los impares. Una vez que el menor cumpla los siete años de edad, se disfrutará por períodos completos, correspondiendo a cada uno de los progenitores la Semana Santa completa en años alternativos, correspondiendo al padre los años pares y a la madre los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con una antelación de 30 días.

»- Vacaciones de verano: Dada la extensión del período vacacional estival, éste será dividido en dos subperíodos, a disfrutar por ambos padres, del siguiente modo:

»Primera quincena de julio (desde las 10:00 horas del día primero hasta la misma hora del día 16 de dicho mes) y primera quincena de agosto (desde las 10:00 horas del día primero hasta la misma hora del día 16 de dicho mes).

»Segunda quincena del mes de julio (desde las 10:00 horas del día 16 de julio hasta la misma hora del 1 de agosto) y segunda quincena del mes de agosto (desde las 10:00 horas del 16 de agosto hasta la misma hora del día 1 de septiembre).

»En el caso de existir discrepancias a la hora de elegir los anteriores períodos de vacaciones estivales, el padre lo hará en los años pares y la madre en los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con la antelación de 30 días.

»- Vacaciones de Navidad: se dividirán por mitad entre ambos progenitores, a elección del padre los años pares y de la madre los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con la antelación de 30 días. Los días 25 de diciembre y 6 de enero, los progenitores arbitrarán el procedimiento para que el menor permanezca con ambos; de no llegarse a un acuerdo, dicho menor permanecerá con el progenitor al que no le corresponda tenerlo en ese momento, desde las 16:00 a las 19:00 horas.

»Durante los períodos vacacionales los progenitores se comprometen a comunicar al otro el lugar donde se encuentre el hijo, dirección y teléfono. Además, en caso de salida del territorio nacional del menor con uno de los progenitores, será necesario el conocimiento del otro progenitor.

»Asimismo ambos progenitores facilitarán la comunicación del hijo con el otro progenitor. En el caso de que el menor tuviere alguna enfermedad, que precise hospitalización, internamiento o que debe quedarse en el domicilio, el progenitor con quien se encuentre lo deberá comunicar al otro.

»Los días de cumpleaños de los padres y del menor, el progenitor con quien en ese momento no le corresponda estar con el menor, podrá comunicar y estar con él durante al menos dos horas por la tarde, que en caso de desacuerdo, será entre las 17:00 y las 19:00 horas.

»La comunicación de los temas de interés sobre el hijo común se realizará directamente entre los progenitores y no a través del menor.

»d) Uso y disfrute del domicilio familiar. Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar -incluidos en ella la plaza de garaje y el trastero- y ajuar doméstico al hijo menor de edad y, por extensión, al progenitor custodio, doña Justa . El progenitor no custodio, don Edmundo , retirará del domicilio familiar, si no lo hubiera hecho ya, sus objetos personales y los de su exclusiva pertenencia. El pago de los suministros individualizados (agua, luz, teléfono) será a cargo de la progenitora custodia, como consecuencia de la atribución del uso y disfrute de la vivienda, así como los demás gastos inherentes al consumo, tales como los impuestos de bienes inmueble y recogida de basura, además de la cuota de la comunidad y seguro de vivienda.

»e) Pensión de alimentos. Se fija una pensión alimenticia a cargo del padre, don Edmundo , y a favor de Baltasar de cien (100.-€) mensuales, que se abonarán en los cinco primeros días de cada mes, durante los doce meses del año, en la cuenta corriente que designa la madre, doña Justa . Dicha pensión se actualizará anualmente según las variaciones que experimente el IPC.

»f) Gastos extraordinarios. Ambos progenitores deberán abonar por mitad los gastos extraordinarios del menor, previo consenso de los mismos, entendiéndose por tales los médicos, farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o la póliza de seguro médico actual del menor con la compañía Sanitas, dentista, oculares, gasto de comienzo de curso como libros, matrículas, uniforme, material escolar, clases de refuerzo, matrícula universitaria o de estudios superiores. No tendrán la naturaleza de gastos extraordinarios los gastos de carácter educativo, ya que dentro del concepto de alimentos se incluyen los gastos de educación. Así mismo tendrán la naturaleza de gasto extraordinario, debiendo ser abonados por mitad por ambos progenitores, los gastos de naturaleza deportiva y cultural que sean acordados por ambos o para cuando sean decididos por autoridad judicial. En caso de discrepancias, el gasto extraordinario será abonado por el progenitor que decida su realización. Dichos gastos extraordinarios deben ser notificados vía correo electrónico, entendiéndose consentidos si a los siete días de recepción de los mismos no han sido rechazados. Tales gastos se abonarán en la cuenta que decidan los progenitores.

»Los gastos de las clases de judo, inglés y natación, serán abonadas, al 50%, por ambos progenitores, tal como viene efectuándose en la actualidad, así como la prima del seguro médico del menor.

»g) Cargas económicas del matrimonio. La única carga económica a la que en la actualidad ambas partes deben hacer frente, se materializa en una hipoteca (préstamo hipotecario núm. NUM005 ) que grava la actual vivienda familiar. A fecha de hoy, el capital pendiente de amortizar es de 67.762,11.-€. Tal amortización se lleva a cabo por ambos cónyuges, al 50%, a través de la cuenta conjunta abierta en el Banco de Santander bajo el núm. NUM006 .

»Sobre dicho crédito hipotecario se produjo una novación, en forma de ampliación de crédito, del que con esta fecha resta por amortizar la cantidad de 38.586,68.- €. A esta amortización viene respondiendo, de forma exclusiva, la actora.

»En definitiva, el crédito hipotecario seguirá siendo soportado por ambas partes, mientras que la amortización de la novación del anterior crédito sólo será a cargo de la actora.

»Por ser de Justicia que pido en Las Palmas de Gran Canaria».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Telde se dictó sentencia, con fecha 25 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimando parcialmente la demanda interpuesta por Justa representada por la procuradora Sra. Hernández Ryan contra Edmundo representado por el procurador Sra. Víctor Gavilán, en que ha sido parte el representante del Ministerio Fiscal, declaro disuelto por causa de **divorcio** el matrimonio contraído por los litigantes, celebrado el día 14 de abril de 2007, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y en especial:

»1.- Se atribuye la guarda y custodia del menor Baltasar a favor de la madre, siendo el ejercicio de la patria potestad compartido.

»2.- La patria potestad sobre el menor, continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil .

»3.- Se establece como régimen de visitas a favor del progenitor no custodio el siguiente:

»a) La primera y tercera semana del mes, desde el jueves al domingo, debiendo efectuarse la recogida del menor a la salida del colegio y el reintegro de éste en el domicilio materno a las 19.00 horas del domingo.

»b) La segunda y cuarta semana de cada mes, los martes y jueves, con pernocta, de tal manera que el padre recogerá al menor a la salida del colegio y lo reintegrará a la mañana siguiente al centro escolar.

»c) Vacaciones de Semana Santa: se dividirán en dos períodos: el primero, desde el día de su inicio a las 17.00 horas hasta el Jueves Santo a las 10.00 horas, y el segundo desde el Jueves Santo a las 10.00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20.00 horas. El padre elegirá período en los años pares y la madre en los impares. Una vez que el menor cumpla los siete años de edad, se disfrutará por períodos completos, correspondiendo a cada uno de los progenitores la Semana Santa completa en años alternativos, correspondiendo al padre los años pares y a la madre los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con una antelación de 30 días.

»d) Vacaciones de verano: el padre ejercerá sus visitas un mes repartido en dos períodos de 15 días (15 días en el mes de julio y 15 días en el mes de agosto), siendo el horario de entrega y recogida en cada período para



su inicio y finalización las 10 horas; a elección del padre los años pares y de la madre los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con la antelación de 30 días.

»e) Vacaciones de Navidad: se dividirán por mitad entre ambos progenitores a elección del padre los años pares y de la madre los impares, debiendo comunicarlo al otro progenitor con la antelación de 30 días

»Durante los períodos vacacionales los progenitores se comprometen a comunicar al otro el lugar donde se encuentre el hijo, dirección y teléfono. Además en caso de salida del territorio nacional del menor con uno de los progenitores, será necesario el conocimiento del otro progenitor.

»Asimismo ambos progenitores facilitarán la comunicación del hijo con el otro progenitor. En el caso de que el menor tuviere alguna enfermedad, que precise hospitalización, internamiento o que debe quedarse en el domicilio, el progenitor con quien se encuentre lo deberá comunicar al otro.

»Los días de cumpleaños de los padres y del menor, el progenitor con quien en ese momento no le corresponda estar con el menor, podrá comunicar y estar con él durante al menos dos horas por la tarde, que en caso de desacuerdo, será entre las 17.00 y las 19.00 horas.

»La comunicación de los temas de interés sobre el hijo se realizará directamente entre los progenitores y no a través del niño.

»4.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar, garaje y trastero anejos al mismo y ajuar doméstico al hijo menor de edad y por extensión al progenitor custodio, la madre.

»El pago de los suministros (agua, luz, teléfono) será a cargo de la progenitora custodia, como consecuencia de la atribución del uso y disfrute de la vivienda, así como los demás gastos inherentes al uso.

»5.- Se fija una pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de Baltasar de 200 euros mensuales, que se abonará en los cinco primeros días de cada mes, durante los doce meses del año, en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha pensión se actualizará anualmente según las variaciones que experimente el IPC.

»Además ambos progenitores deberán abonar por mitad los gastos extraordinarios del menor, previo consenso de los mismos, entendiéndose por tales los médicos, farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o la póliza de seguro médico actual de menor con la compañía Sanitas, dentista, oculares, gastos de comienzo de curso como libros, matriculas, uniforme, material escolar, clases de refuerzo, matrícula universitaria o de estudios superiores. No tendrán la naturaleza de gasto extraordinario los gastos de carácter educativo, ya que dentro del concepto de alimentos se incluyen los gastos de educación.

»Así mismo tendrán la naturaleza de gasto extraordinario debiendo ser abonados por mitad por ambos progenitores los gastos de naturaleza deportiva y cultural, que sean acordados por ambos o para cuando sean decididos por autoridad judicial. En caso de discrepancias, el gasto extraordinario será abonado por el progenitor que decida su realización. Dichos gastos extraordinarios deben ser notificados vía correo electrónico, entendiéndose consentidos si a los siete días de recepción de los mismos no han sido rechazados. Dichos gastos se abonarán en la cuenta de la madre designada.

»Dada cuenta el menor acude en la actualidad a clases de judo, inglés y natación, ambos progenitores deberán abonar su coste al 50%, tal y como viene efectuándose en la actualidad, así como la prima de seguro médico del menor.

»6.- No ha lugar a acordar las demás pretensiones derivadas de la demanda.

»7.- Dada la especial naturaleza del procedimiento, no ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 5 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Edmundo contra la sentencia de 25-10-2013 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia 2 de Telde, la cual se revoca en el único punto de fijar como importe de la pensión alimenticia la suma de 150.-€ mensuales. Sin costas en esta alzada.».

**TERCERO.- 1.-** Por D. Edmundo se interpuso recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Infracción del art. 92 apartados 5, 6, 8 y 9 del Código Civil en relación con el art. 39 y 120.3 de la Constitución Española y en relación con la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios o requisitos que se deben tener en consideración a la hora de adoptar la decisión de optar por la



guarda y custodia compartida, como mejor manera de mantener un contacto y relación por igual con ambos progenitores, primando siempre el interés del menor, o *favor filii* y sin caer en las cuestiones relativas a si es lo mejor para uno u otro de los padres del menor.

Motivo segundo.- Infracción del art. 96 CC , en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales al respecto, STS núm. 576/2014 de 22-10-2014, RC 164/2014 ; STS Sección Primera, núm. 593/2014, de 24-10-2014, RC 2119/2013 ; SAP de Santander, Sección 2.ª, núm. 196/2013 de 4-4-2013, RA 926/2012; SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, núm. 435/2013, de fecha 24-9-2013 , RA 331/2013; SAP de Navarra de la Sección 2.ª, núm. 149/2013, de 22-7-2013 , RA 343/2011; SAP de Castellón, Sección 2.ª, núm. 92/2014, de 20-6-2014 , RA 8/2014.

Motivo tercero.- Supresión de la pensión de alimentos, una vez se acuerde la guarda y custodia compartida, cesando la obligación de abonar pensión de alimentos en la cuantía de 150 euros mensuales a favor del hijo menor Baltasar , a tenor de lo dispuesto en los arts. 477.2.3 .º y 477.3 de la LEC , en relación con los arts. vulnerados 142, 145, 146 y 147, en relación con le art. 93, del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales al respecto.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 2 de marzo de 2016 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Antonio Gómez de la Serna Adrada, en nombre y representación de Dña. Justa , presentó escrito de oposición al mismo y el Fiscal, en su escrito, interesó la desestimación de todos los motivos del recurso.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- Antecedentes.

Con fecha 2 de abril de 2013, Dña. Justa , interpuso demanda de juicio de **divorcio** contra D. Edmundo en la que se solicitaba, además del **divorcio** de los esposos, el establecimiento de la patria potestad conjunta, la atribución de la guarda y custodia a la madre, el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre, la fijación de una pensión de alimentos en favor de los menores de 250 euros y la atribución en favor de la madre del uso del domicilio familiar. La parte demandada se manifestó conforme con el **divorcio** pero se opuso al establecimiento de un régimen de guarda y custodia en favor de la madre, solicitando el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, solicitando igualmente, con base en el régimen de guarda y custodia compartida, la distribución en el uso de la vivienda familiar, así como la consiguiente la supresión de la pensión de alimentos durante el tiempo que el menor permanezca con el padre.

La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda. En concreto y para lo que aquí interesa, tras declarar el **divorcio** del matrimonio, atribuye la guarda y custodia de los menores en favor de la madre. Fundamenta tal decisión en que el régimen que inicialmente fue instaurado por los esposos ha funcionado correctamente, el menor se encuentra adaptado al mismo, siendo en consecuencia beneficioso para el menor. Establece un régimen de visitas en favor del padre, la atribución de la vivienda familiar a la madre habida cuenta que es con ella con quien ha de vivir el menor, siendo el interés más necesitado de protección, y fija una pensión de alimentos en favor del hijo menor de 200 euros mensuales.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D. Edmundo , dictándose sentencia de fecha 5 de marzo de 2015 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria , la cual estimó en parte el recurso de apelación interpuesto en el sentido de fijar como pensión de alimentos en favor del hijo la cantidad de 150 euros mensuales, confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

En concreto, y en relación a la guarda y custodia compartida, rechaza su aplicación por el hecho de que los propios cónyuges en su día estuvieran de acuerdo con el establecimiento de la guarda y custodia en favor de la madre por ser lo más beneficioso para el menor, régimen al que dicho menor ya se encuentra adaptado, habiendo funcionado sin problemas.

Recorre en casación el padre demandado, D. Edmundo .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC 2000 , 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 el recurrente se articula en tres motivos.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos el artículo 92. 5, 6, 8 y 9 del Código Civil, en relación con los artículos 39 y 120 de la Constitución Española, 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 29 de abril de 2013, 16 de febrero de 2015, 15 de febrero de 2015, 30 de octubre de 2014 y 15 de octubre de 2014.

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».

Señala el recurrente que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la doctrina de la sala en esta materia, habiendo obviado que el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida sería más beneficioso para el menor, no teniendo el mentado régimen carácter de medida excepcional cuando ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, tal y como ocurre en el presente caso. Apoya tal afirmación en que las relaciones entre los progenitores son las normales entre personas divorciadas, siendo buena la relación de ambos progenitores con el menor, habiendo manifestado este último su deseo de estar más tiempo con su padre y la proximidad de los domicilios de los progenitores con el colegio del menor. Añade que el hecho de que en su día se acordara por los progenitores un régimen de guarda y custodia en favor de la madre no impide su posterior modificación siempre que con ello no se perjudique al menor.

En el motivo segundo, se alega la infracción de la jurisprudencia sobre la atribución de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida. Fundamenta el interés casacional en la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

En concreto se citan como opuestas a la recurrida la sentencia de esta Sala de fecha 22 de octubre de 2014, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Segunda, de 4 de abril de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 24 de septiembre de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 22 de julio de 2013 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de 20 de junio de 2004.

Dichas resoluciones, tras establecer el régimen de guarda y custodia compartida, señalan lo siguiente en cuanto al uso de la vivienda familiar:

«Procede la estimación del motivo de acuerdo con el art. 96 del C. Civil, dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios».

La parte recurrente, partiendo del hecho de que el motivo primero iba a prosperar y se iba a fijar un régimen de guarda y custodia compartida, considera como consecuencia que no procede la atribución de la vivienda familiar a la madre, debiendo resolverse en favor del padre que es el que tiene un interés más necesitado de protección. No obstante, con carácter subsidiario señala tres soluciones posibles como alternativa, a saber, mantener en el uso y disfrute de la vivienda familiar por un tiempo prudencial de seis meses cada progenitor, con una duración máxima de dos años, hasta que la vivienda se pueda vender; que se atribuya a la madre pero afrontando una contraprestación en favor del padre o, por último, que la madre adquiera la propiedad total de



la vivienda, abonando al padre el valor de su 50%, debiendo hacer frente la madre al total de la hipoteca que reste por sufragar.

Por último, en el motivo tercero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 42 , 145 , 146 y 147 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional, por un lado, como opuestas a la recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 24 de marzo de 2014 , la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de 10 de febrero de 2014 , las sentencias de la Audiencias Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, de 14 de mayo de 2013, 19 de mayo de 2014, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de fechas 28 de marzo de 2014 y 3 de marzo de 2014 , las cuales señalan que en caso de atribución de la guarda y custodia compartida no existe obligación de abonar pensión de alimentos. Por otro lado, con un criterio jurídico coincidente entre si y dispar del anterior se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 25 de marzo de 2013 , la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 23 de julio de 2012 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, de 30 de junio de 2011 , las cuales establecen la obligación de abonar alimentos aun cuando se haya establecido el régimen de guarda y custodia compartida.

Argumenta la parte recurrente que, establecido el régimen de guarda y custodia compartida y teniendo en cuenta que la pensión de alimentos se justifica para cubrir las necesidades en caso de guarda y custodia en exclusiva de un único progenitor, compensando así la situación desde un punto de vista económico, tal obligación no debe existir en los casos de guarda y custodia compartida.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso en cuanto a la custodia compartida.

**SEGUNDO** .- Motivo primero. Infracción del art. 92 apartados 5 , 6 , 8 y 9 del Código Civil en relación con el art. 39 y 120.3 de la Constitución Española y en relación con la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios o requisitos que se deben tener en consideración a la hora de adoptar la decisión de optar por la guarda y custodia compartida, como mejor manera de mantener un contacto y relación por igual con ambos progenitores, primando siempre el interés del menor, o *favor filii* y sin caer en las cuestiones relativas a si es lo mejor para uno u otro de los padres del menor.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 29 de abril de 2013 , 16 de febrero de 2015 , 15 de febrero de 2015 , 30 de octubre de 2014 y 15 de octubre de 2014 . .

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».

Señala el recurrente que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la doctrina de la sala en esta materia, habiendo obviado que el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida sería más beneficioso para el menor, no teniendo el mentado régimen carácter de medida excepcional cuando ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, tal y como ocurre en el presente caso. Apoya tal afirmación en que las relaciones entre los progenitores son las normales entre personas divorciadas, siendo buena la relación de ambos progenitores con el menor, habiendo manifestado este último su deseo de estar más tiempo con su padre y la proximidad de los domicilios de los progenitores con el colegio del menor. Añade que el hecho de que en su día se acordara por los progenitores un régimen de guarda y custodia en favor de la madre no impide su posterior modificación siempre que con ello no se perjudique al menor.

**TERCERO** .- Respuesta de la Sala.

Se estima el motivo.



En la sentencia recurrida se desestima la custodia compartida que solicita el esposo, al entender que había funcionado correctamente la guarda y custodia de la madre. Igualmente cita que los padres estuvieron de acuerdo con ello al momento de adoptarse las medidas provisionales.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 12 de abril de 2016; rec. 1225 de 2015 :

« 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 del menor, 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.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial hemos de declarar que en la sentencia recurrida se infringe la misma.

De lo actuado resulta que el menor tiene en la actualidad ocho años (11-9-2007), que no consta incapacidad e inaptitud por parte de los progenitores. Igualmente resulta una buena disposición para el diálogo, como se deduce de lo pactado en medidas provisionales.

Por otro lado, al no practicarse el informe psicosocial, no constan elementos de juicio que desaconsejen el sistema de custodia compartida.

No es determinante ni concluyente que el padre accediese a la custodia de la madre, en medidas provisionales, pues ello es una mera medida cautelar, que se conviene por la premura de la situación, sin perjuicio de lo cual en la contestación a la demanda planteó la custodia compartida.



Que haya funcionado correctamente la custodia a favor de la madre no significa que ello desaconseje la custodia compartida, máxime cuando se acordó en la instancia un sistema de visitas amplísimo, que también se ha desarrollado correctamente, lo que viene a reforzar la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida, el cual expresamente acordamos.

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

**QUINTO** .- Motivo segundo. Infracción del art. 96 CC, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales al respecto, STS núm. 576/2014 de 22-10-2014, RC 164/2014; STS Sección Primera, núm. 593/2014, de 24-10-2014, RC 2119/2013; SAP de Santander, Sección 2.ª, núm. 196/2013 de 4-4-2013, RA 926/2012; SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, núm. 435/2013, de fecha 24-9-2013, RA 331/2013; SAP de Navarra de la Sección 2.ª, núm. 149/2013, de 22-7-2013, RA 343/2011; SAP de Castellón, Sección 2.ª, núm. 92/2014, de 20-6-2014, RA 8/2014.

En el motivo segundo, se alega la infracción de la jurisprudencia sobre la atribución de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida. Fundamenta el interés casacional en la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

En concreto se citan como opuestas a la recurrida la sentencia de esta sala de fecha 22 de octubre de 2014, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Segunda, de 4 de abril de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 24 de septiembre de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 22 de julio de 2013 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de 20 de junio de 2004.

Dichas resoluciones, tras establecer el régimen de guarda y custodia compartida, señalan lo siguiente en cuanto al uso de la vivienda familiar:

«Procede la estimación del motivo de acuerdo con el art. 96 del C. Civil, dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios».

La parte recurrente, partiendo del hecho de que el motivo primero iba a prosperar y se iba a fijar un régimen de guarda y custodia compartida, considera como consecuencia que no procede la atribución de la vivienda familiar a la madre, debiendo resolverse en favor del padre que es el que tiene un interés más necesitado de protección. No obstante, con carácter subsidiario señala tres soluciones posibles como alternativa, a saber,



mantener en el uso y disfrute de la vivienda familiar por un tiempo prudencial de seis meses cada progenitor, con una duración máxima de dos años, hasta que la vivienda se pueda vender; que se atribuya a la madre pero afrontando una contraprestación en favor del padre o, por último, que la madre adquiera la propiedad total de la vivienda, abonando al padre el valor de su 50%, debiendo hacer frente la madre al total de la hipoteca que reste por sufragar.

**SEXTO** .- Respuesta de la Sala.

Se estima el motivo.

Acordada la custodia compartida y como consecuencia inherente es preciso abordar el tema de la vivienda familiar, en cuanto además afecta al interés del menor.

Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil , aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia ( STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014 ), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

En igual sentido la sentencia de 3 de diciembre de 2013; rec. 1341 de 2012 .

En conclusión, esta Sala debe declarar que la madre deberá abandonar la vivienda conyugal, en el plazo de un año, en base a lo declarado y al no constar que el padre precise de una protección especial, dado que se declaró probado que sus ingresos reales eran superiores a los declarados.

**SÉPTIMO** .- Motivo tercero. Supresión de la pensión de alimentos, una vez se acuerde la guarda y custodia compartida, cesando la obligación de abonar pensión de alimentos en la cuantía de 150 euros mensuales a favor del hijo menor Baltasar , a tenor de lo dispuesto en los arts. 477.2.3 .º y 477.3 de la LEC , en relación con los arts. vulnerados 142, 145, 146 y 147, en relación con el art. 93, del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales al respecto.

Se alega la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional, por un lado, como opuestas a la recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 24 de marzo de 2014 , la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de 10 de febrero de 2014 , las sentencias de la Audiencias Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, de 14 de mayo de 2013, 19 de mayo de 2014, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de fechas 28 de marzo de 2014 y 3 de marzo de 2014 , las cuales señalan que en caso de atribución de la guarda y custodia compartida no existe obligación de abonar pensión de alimentos. Por otro lado, con un criterio jurídico coincidente entre si y dispar del anterior se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 25 de marzo de 2013 , la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 23 de julio de 2012 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, de 30 de junio de 2011 , las cuales establecen la obligación de abonar alimentos aun cuando se haya establecido el régimen de guarda y custodia compartida.

Argumenta la parte recurrente que, establecido el régimen de guarda y custodia compartida y teniendo en cuenta que la pensión de alimentos se justifica para cubrir las necesidades en caso de guarda y custodia en exclusiva de un único progenitor, compensando así la situación desde un punto de vista económico, tal obligación no debe existir en los casos de guarda y custodia compartida.

**OCTAVO** .- Respuesta de la Sala.

Se estima el motivo.

Al no constar que concurra desproporción en los ingresos de los progenitores ( art. 145 del C. Civil ), no es preciso fijar pensión alimenticia.

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



**NOVENO.** - Estimado el recurso, no procede imposición de costas, debiendo procederse a la devolución del depósito para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC ).

## FALLO

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

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Edmundo , contra sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria . **2.º**- Casar Parcialmente la sentencia recurrida, acordando el sistema de custodia compartida sobre el menor. **3.º**- El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. **4.º**- 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. **5.º**- Si fuese festivo el lunes el progenitor que ha de hacer la entrega del niño lo dejará en el domicilio del otro. **6.º**- Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre. **7.º**- Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%. **8.º**- Se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. **9.º**- No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.