



Roj: **STS 3743/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3743**

Id Cendoj: **28079110012018100620**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **898/2018**

Nº de Resolución: **630/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 464/2017,**  
**STS 3743/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 630/2018**

Fecha de sentencia: 13/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 898/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/10/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 898/2018

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 630/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 13 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia de fecha 21 de abril de 2017, dictada en recurso de apelación 524/2016, de la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio de divorcio 299/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Víctor Manuel, representado en las instancias por la procuradora Dña. Inmaculada Correa Cuesta, bajo la dirección letrada de Dña. María de la Cruz Lozano Marín, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Adoracion, representada por la procuradora Dña. María José García Carrasco, bajo la dirección letrada de D. Mariano José Navarro Pacheco, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Víctor Manuel, representado por la procuradora Dña. Inmaculada Correa Cuesta y asistido de la letrada Dña. María de la Cruz Lozano Marín, interpuso demanda de divorcio en juicio de familia contra Dña. Adoracion y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"En la que se declare disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre ambos, con los efectos inherentes al mismo y acordándose la inscripción correspondiente en el Registro Civil de DIRECCION000, todo ello con expresa condena en costas a la demandada en caso de oponerse a esta justa pretensión y en base al cual se adopten la siguientes medidas definitivas:

"1.- Se declarará disuelta la sociedad de gananciales y revocados todos los poderes que ambos cónyuges se hubieren otorgado recíprocamente.

"2.- La patria potestad así como la guarda y **custodia** será compartidas por ambos progenitores de tal manera atendiendo al especial deseo de las hijas y estando siempre presente el interés más necesitado de protección que es el de las menores, velando siempre por su bienestar, Valentina y Verónica, vivirán con la madre los días lectivos de la semana y los fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo con el padre. Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano (que se divide en dos periodos iguales que se corresponde con 15 días en Julio y 15 días en agosto) correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y al padre los años impares.

"Con la finalidad de evitar problemas en las comunicaciones entre los progenitores, ello deberá ser puesto en conocimiento del otro, personalmente, durante esa primera semana del mes de diciembre. También puede comunicarlo mediante telegrama, carta certificada o mediante llamada telefónica, si las circunstancias así lo exigieren.

"3.- Uso y disfrute del hogar conyugal así como los muebles y enseres que lo conforman, sito En Granada, BARRIO000, C/ DIRECCION001 núm. NUM000, casa NUM001, se atribuirá al esposo con quién convivirán las hijas en los períodos que le correspondan.

"Día del cumpleaños del padre/madre: lo disfrutarán las hijas este día con cada uno de 5 a 8.30 de la tarde.

"Día del cumpleaños de Verónica y Valentina: lo disfrutarán un año con el padre y otro con la madre.

"Primera comunión: ambos progenitores acuerdan que las menores recibirán las catequesis a tal efecto y acudirán a la ceremonia religiosa correspondiente el padre y la madre. Dado que se realiza en fin de semana, en caso de ser sábado, la madre podrá estar con la niña el día siguiente (domingo) desde las 11 de la mañana hasta las 8 de la tarde y poder disfrutar con su hija, en caso de desearlo, la celebración que estimase conveniente; si recayera en domingo, podrá estar con la hija ese mismo día de 6 a 9 de la noche.

"Comunicación: los padres podrán comunicarse con sus hijas por carta, teléfono...etc., cuantas veces deseen. Ambos progenitores podrán visitar a sus hijas cuando estén enfermas, a cuyo fin, si convalece en un domicilio u otro, se le facilitará al otro progenitor el acceso al mismo para visitarlas e interesarse por su estado de salud.

"4.- No se fijará pensión de alimentos para las hijas dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención y vestido durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios derivados de la educación de Valentina y Verónica (APA, gastos por actividades extraescolares, libros, material escolar, excursiones,



actividades deportivas, campamentos) deben ser satisfechos al cincuenta por ciento por ambos progenitores. También deberán abonar al cincuenta por ciento los gastos extraordinarios necesarios tales como óptica, odontológicos o médicos que no cubra la Seguridad Social.

"5.- a) Reseñar que ambos cónyuges son copropietarios del inmueble, casa, que ha constituido el domicilio conyugal sito en BARRIO000 , C/ DIRECCION001 núm. NUM000 , casa NUM001 . Este inmueble está gravado con un préstamo hipotecario a favor de Banco Popular con un pago mensual de 478,50.-€/mes y un capital pendiente de unos 82.000.-€, préstamo este cuyos recibos serán abonados por una y otra parte por mitad, todos los meses, por el importe que proceda, hasta su completo pago, conforme a lo contratado con la entidad.

"Asimismo, respecto de este préstamo ambas partes abonarán al 50% el importe de los seguros contratados que se giren, así como IBI que es de carácter anual y la comunidad de propietarios.

"h) Además, ambas partes contrataron un préstamo con Banco Popular, para reforma de un inmueble privativo (casa turismo rural) con un pago mensual de unos 259.-€/mes (capital pendiente 54.000.-€) el cual seguirán abonándolo igualmente al 50% hasta su total liquidación.

"i) Débito Visa Hop Banco Popular con un pago mensual de 119.-€ y un capital pendiente de unos 3.800.-€.

"j) Débito préstamo personal con Citibank (novación) con un pago mensual de 124,14.-€ y un capital pendiente de 2.500.-€ aprox.

"k) Débito tarjeta Carrefour Pass con un pago mensual de 99.-€ y un capital pendiente de 1.500.-€.

"l) Deuda con ferretería Domingo de DIRECCION002 (Granada) por el material adquirido para rehabilitación de la casa rural propiedad de la esposa.

"m) Deuda con taller de reparación del vehículo conducido por la esposa.

"n) Deuda con hermano....

"Todo ello se abonará al 50% por ambos cónyuges.

"Otrosí digo uno: que en caso de que no se acuerde el régimen de guarda y **custodia compartida** para ambos progenitores, se solicita que la misma sea atribuida al padre con quien convivirán Valentina y Verónica , fijándose a favor de la madre un régimen de visitas consistente en:

"- Periodo ordinario: madre e hijas pasarán juntos todos los fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el sábado a las 20.30 horas.

"Además, madre e hijas disfrutarán juntos un día intersemanal, con pernocta; tal día, el cual comunicará al padre la semana de antes, recogerá las niñas a la salida del colegio para que pueda comer con ellas y las llevará al día siguiente al colegio.

"- Periodo extraordinario, en que dejará de regir el periodo ordinario de fines de semana alternos:

"1.- Vacaciones de Navidad.- Se dividen en dos periodos o mitades:

"- Desde las 20 horas del día 22 a las 20 horas del día 30 de diciembre, ambos inclusive.

"- Desde las 20 horas del día 30 de diciembre hasta las 12 horas del día inmediato anterior a la finalización de las vacaciones escolares

"2.- Semana Santa.- Se establecen también dos períodos o mitades:

"- Desde el Viernes de Dolores a la terminación de la jornada escolar hasta las 21 horas del Miércoles Santo.

"- Desde las 21 horas del Miércoles Santo hasta las 21 horas del Domingo de Resurrección.

"Cualquier variación será adaptada a fin de que se distribuyan dos mitades iguales para uno y otro progenitor.

"3.- Verano.- se dividirá también en dos períodos iguales, que se corresponderá con dos quincenas de los meses de julio y agosto, disfrutando en cada mes el padre/madre una quincena cada uno.

"4.- Puentes escolares ya sean locales, regionales o nacionales.- Se unirán al fin de semana que corresponda.

"En caso de discrepancia sobre la distribución de dichas mitades entre ellos, la madre escogerá las suyas en los años terminados en cifra par y el padre en los terminados en cifra impar, notificándose al otro progenitor con un mes de antelación (como mínimo) de manera fehaciente.

"Al progenitor que le corresponda tener con él a las menores, deberá comunicar con la debida antelación (una semana como mínimo) y mediante telegrama u otro medio donde se deje constancia del lugar donde va a estar con sus hijas y un número de teléfono para que el otro progenitor pueda comunicarse con ellas.

"En cuanto al primer fin de semana después de los períodos vacacionales, momento en el cual ya empezará a regir el período ordinario de fines de semana alternos, corresponderá tener a las hijas al progenitor que no las haya tenido en su compañía el último fin de semana anterior al inicio del período vacacional.

"Los padres podrán comunicarse con las hijas, en su caso, por carta, teléfono..., cuantas veces deseen, respetando siempre el horario de descanso, comidas y estudio de éstas.

"Asimismo Dña. Adoracion abonará en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 125.-€ mediante ingreso en cuenta del 1 al 5 de cada mes en la c/c que disponga el padre, pensión que se verá actualizada conforme al IPC anual.

"Ambos progenitores abonarán al cincuenta por ciento los gastos extraordinarios que se generen (tales como gastos médicos u ópticos que no cubra la Seguridad Social).

"El uso y disfrute de la vivienda que ha sido familiar se otorgará al esposo y a las menores, donde ambos convivirán abonando éste los gastos ordinarios que genere tal uso y disfrute (luz, agua, etc.) y por mitad los que genere la propiedad (IBI, seguros, préstamos, comunidad de propietarios, etc.)".

2.- Admitida la demanda, dándose traslado con emplazamiento al fiscal y al demandado, el fiscal contestó a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando:

"Se tenga por evacuado el traslado de contestación a la demanda".

3.- La demandada Dña. Adoracion, representada por la procuradora Dña. María José García Carrasco y bajo la dirección letrada de D. Mariano José Navarro Pacheco, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que, decretando el divorcio entre las partes, se acuerden los siguientes efectos:

"1.º- Atribución de la guarda y **custodia** de las menores Valentina y Verónica a su madre, Doña Adoracion, siendo la patria potestad **compartida**.

"2.º- Atribuir el uso y disfrute del domicilio a Doña Adoracion y a sus hijas menores.

"3.º- Establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio D. Victor Manuel. Mensualmente: Fines de semana alternos, el padre recogerá a las hijas a la salida del colegio y las devolverá el domingo a las 20 horas. Anualmente: 1) Verano: Pasará la mitad del periodo de vacaciones estivales con la madre y la otra mitad con el padre, y en caso de desacuerdo elegirá dicho periodo los años impares la madre y los pares el padre. 2) Navidades: Las hijas del matrimonio pasará una semana con el padre y otra con la madre. Los años pares elegirá el padre y los impares la madre. 3) Semana Santa: Las vacaciones de Semana Santa, a falta de acuerdo entre los progenitores, las pasarán los años pares con el padre y los impares con la madre. Durante los períodos vacacionales mencionados se suspenderán las visitas de fines de semana.

"4.º- Obligación de satisfacer pensión de alimentos a favor de las menores por parte del padre, que se fija en 450 euros mensuales, a abonar anticipadamente en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe Dña. Adoracion, y actualizable anualmente conforme las variaciones que experimente el IPC que publica el INE u organismo que pudiera sustituirle.

"Los gastos extraordinarios del hijo serán abonados por ambos progenitores al 50% siendo requisito previo necesario la conformidad de ambos progenitores, y en caso de desacuerdo previa autorización judicial".

4.- Se unió a las actuaciones el procedimiento de familia por divorcio contencioso del mismo juzgado registrado con el número 328/2014, incoado por demanda de Dña. Adoracion, contra D. Victor Manuel, en cuya demanda, se suplica se dicte sentencia:

"Por las que se acuerden las siguientes medidas definitivas:

"1.- Que se decrete, la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre D. Victor Manuel y Dña. Adoracion.

"2.- Se establezca una pensión alimenticia a favor de las hijas y con cargo a D. Victor Manuel de doscientos euros mensuales (200 euros), para cada una de ellas, desde la interposición de la demanda.

"3.- Que se establezca una proporción del 70% para el Sr. Victor Manuel y 30% para mi representada para atender las deudas suscritas durante el matrimonio.

"4.- Se de por reproducido el auto de medidas previas de fecha 4 de febrero de 2014 en cuanto al uso y disfrute de la vivienda familiar que sea atribuido al esposo, así como al régimen de visitas de los menores estipulado en dicho auto".



En estos autos consta admitida la demanda de divorcio, y emplazado el demandado y el fiscal, este último se persona en la causa, y el demandado, D. Victor Manuel, contesta oponiéndose a la demanda y manifestando en su suplico:

"Se sirva dictar sentencia en la que, previa desestimación de las pretensiones solicitadas de contrario, se decrete el divorcio y las medidas acordadas en el escrito de demanda interpuesto por esta parte, así como la acumulación del presente procedimiento al ya instado por esta parte, de más antigüedad con núm. 299/14 ante este mismo juzgado:

"1.- Se declarará disuelta la sociedad de gananciales y revocados todos los poderes que ambos cónyuges se hubieren otorgado recíprocamente.

"2.- La patria potestad así como la guarda y **custodia** será compartidas por ambos progenitores de tal manera atendiendo al especial deseo de las hijas y estando siempre presente el interés más necesitado de protección que es el de las menores, velando siempre por su bienestar, Valentina y Verónica, vivirán con la madre los días lectivos de la semana y los fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo con el padre. Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano (que se divide en dos periodos iguales que se corresponde con 15 días en julio y 15 días en agosto) correspondiendo a la madre la primera mitad los años padres y al padre los años impares.

"Con la finalidad de evitar problemas en las comunicaciones entre los progenitores, ello deberá ser puesto en conocimiento del otro, personalmente, durante esa primera semana del mes de diciembre. También puede comunicarlo mediante telegrama, carta certificada o mediante llamada telefónica, si las circunstancias así lo exigieren.

"3.- Uso y disfrute del hogar conyugal así como los muebles y enseres que lo conforman, sito en Granada, BARRIO000, C/ DIRECCION001 núm. NUM000, casa NUM001, se atribuirá al esposo con quién convivirán las hijas en los períodos que le correspondan.

"Día del cumpleaños del padre/madre: lo disfrutarán las hijas este día con cada uno de 5 a 8.30 de la tarde.

"Día del cumpleaños de Verónica y Valentina: lo disfrutarán un año con el padre y otro con la madre.

"Primera comunión: ambos progenitores acuerdan que las menores recibirán las catequesis a tal efecto y acudirán a la ceremonia religiosa correspondiente el padre y la madre. Dado que se realiza en fin de semana, en caso de ser sábado, la madre podrá estar con la niña el día siguiente (domingo) desde las 11 de la mañana hasta las 8 de la tarde y poder disfrutar con su hija, en caso de desearlo, la celebración que estimase conveniente; si recayera en domingo, podrá estar con la hija ese mismo día de 6 a 9 de la noche.

"Comunicación: los padres podrán comunicarse con sus hijas por carta, teléfono...etc., cuantas veces deseen. Ambos progenitores podrán visitar a sus hijas cuando estén enfermas, a cuyo fin, si convalece en un domicilio u otro, se le facilitará al otro progenitor el acceso al mismo para visitarlas e interesarse por su estado de salud.

"4.- No se fijará pensión de alimentos para las hijas dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención y vestido durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios derivados de la educación de Valentina y Verónica (APA, gastos por actividades extraescolares, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos) deben ser satisfechos al cincuenta por ciento por ambos progenitores. También deberán abonar al cincuenta por ciento los gastos extraordinarios necesarios tales como óptica, odontológicos o médicos que no cubra la Seguridad Social.

"5.- a) Reseñar que ambos cónyuges son copropietarios del inmueble, casa, que ha constituido el domicilio conyugal sito en BARRIO000, C/ DIRECCION001 núm. NUM000, casa NUM001. Este inmueble está gravado con un préstamo hipotecario a favor de Banco Popular con un pago mensual de 478,50.-€/mes y un capital pendiente de unos 82.000.-€ préstamo este cuyos recibos serán abonados por una y otra parte por mitad, todos los meses, por el importe que proceda hasta su completo pago, conforme a lo contratado con la entidad.

"Asimismo, respecto de este préstamo ambas partes abonarán al 50% el importe de los seguros contratados que se giren, así como el IBI que es de carácter anual y la comunidad de propietarios.

"b) Además, ambas partes contrataron un préstamo con Banco Popular, para reforma de un inmueble privativo (casa turismo rural) con un pago mensual de unos 259.-€/mes (capital pendiente 54.000.-€) el cual seguirán abonándolo igualmente al 50% hasta su total liquidación.

"c) Débito Visa Flop Banco Popular con un pago mensual de 119.-€ y un capital pendiente de unos 3.800.-€.



- "d) Débito préstamo personal con Citibank (novación) con un pago mensual de 124,14.-€ y un capital pendiente de 2.500.-€ aprox.
- "e) Débito tarjeta Carrefour Pass con un pago mensual de 99.-€ y un capital pendiente de 1.500.-€.
- "f) Deuda con ferretería Domingo de DIRECCION002 (Granada) por el material adquirido para rehabilitación de la casa rural propiedad de la esposa.
- "g) Deuda con taller de reparación del vehículo conducido por la esposa.
- "h) Deuda con hermano de D. Victor Manuel para pago de recibos atrasados de préstamo hipotecario.
- "Todo ello se abonará al 50% por ambos cónyuges.
- "Otro sí digo uno: que en caso de que no se acuerde el régimen de guarda y **custodia compartida** para ambos progenitores, se solicita que la misma sea atribuida al padre con quien convivirán Valentina y Verónica, fijándose a favor de la madre un régimen de visitas consistente en:
- "- Período ordinario: madre e hijas pasarán juntos todos los fines de semana alternas, desde la salida del colegio hasta el sábado a las 20.30 horas.
- "Además, madre e hijas disfrutarán juntos un día intersemanal, con pernocta; tal día, el cual comunicará al padre la semana de antes, recogerá las niñas a la salida del colegio para que pueda comer con ellas y las llevará al día siguiente al colegio.
- "- Período extraordinario, en que dejará de regir el periodo ordinario de fines de semana alternos:
- "1.- Vacaciones de Navidad.- se dividen en dos periodos o mitades: - desde las 20 horas del día 22 a las 20 horas del día 30 de diciembre, ambos inclusive.
- "- Desde las 20 horas del día 30 de diciembre hasta las 12 horas del día inmediato anterior a la finalización de las vacaciones escolares.
- "2.- Semana Santa.- se establecen también dos periodos o mitades: - desde el Viernes de Dolores a la terminación de la jornada escolar hasta las 21 horas del Miércoles Santo.
- "- Desde las 21 horas del Miércoles Santo hasta las 21 horas del Domingo de Resurrección.
- "Cualquier variación será adaptada a fin de que se distribuyan dos mitades iguales para uno y otro progenitor.
- "3.- Verano.- se dividirá también en dos periodos iguales, que se corresponderá con dos quincenas de los meses de julio y agosto, disfrutando en cada mes el padre/madre una quincena cada uno.
- "4.- Puentes escolares ya sean locales, regionales o nacionales.- Se unirán al fin de semana que corresponda.
- "En caso de discrepancia sobre la distribución de dichas mitades entre ellos, la madre escogerá las suyas en los años terminados en cifra par y el padre en los terminados en cifra impar, notificándose al otro progenitor con un mes de antelación (como mínimo) de manera fehaciente.
- "Al progenitor que le corresponda tener con él a las menores, deberá comunicar con la debida antelación (una semana como mínimo) y mediante telegrama u otro medio donde se deje constancia del lugar donde va a estar con sus hijas y un número de teléfono para que el otro progenitor pueda comunicarse ellas.
- "En cuanto al primer fin de semana después de los periodos vacacionales, momento en el cual ya empezará a regir el período ordinario de fines de semana alternos, corresponderá tener a las hijas al progenitor que no las haya tenido en su compañía el último fin de semana anterior al inicio del período vacacional.
- "Los padres podrán comunicarse con las hijas, en su caso, por carta, teléfono..., cuantas veces deseen, respetando siempre el horario de descanso, comidas y estudio de éstas.
- "Asimismo Dña. Adoracion abonará en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 125.-€ mediante ingreso en cuenta del 1 al 5 de cada mes en la c/c que disponga el padre, pensión que se verá actualizada conforme al IPC anual.
- "Ambos progenitores abonarán al cincuenta por ciento los gastos extraordinarios que se generen (tales como gastos médicos u ópticos que no cubra la Seguridad Social).
- "El uso y disfrute de la vivienda que ha sido familiar se otorgará al esposo y a las menores, donde ambos convivirán abonando éste los gastos ordinarios que genere tal uso y disfrute (luz, agua, etc.) y por mitad los que genere la propiedad (IBI, seguros, préstamos, comunidad de propietarios, etc.)".



5.- Acumuladas las actuaciones y sustanciándose todo en este procedimiento, previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada se dictó sentencia, con fecha 11 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre D. Victor Manuel y Dña. Adoracion , con todos los efectos legales, decretando la disolución de la sociedad de gananciales, estableciendo como medidas definitivas que han de regir las relaciones entre ambos, las establecidas en el segundo de los fundamentos de derecho de la presente resolución y acordando que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Y el fundamento de derecho segundo de la sentencia es como sigue:

"SEGUNDO.- Según establece el art. 86 del Código Civil se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81, que a su vez dispone que dicho plazo será una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

"Acreditado por la certificación del Registro Civil que los cónyuges contrajeron matrimonio el día 27 de julio de 2002, han transcurrido sobradamente los plazos previstos en el Código Civil, por lo que procede declarar disuelto por divorcio el matrimonio y acordar sobre las medidas que van a regir las relaciones entre ambos a partir de este momento.

"A través de la prueba practicada en el acto de la vista, documental que consta en autos, así como el interrogatorio de las partes y el informe del equipo psicossocial, ha quedado acreditado que las medidas que han de regir en adelante en interés de las hijas menores y sin que perjudiquen a ninguno de los progenitores deben ser las siguientes:

"La Patria Potestad será **compartida** por ambos cónyuges.

"Guarda y **custodia** de las hijas menores será **compartida** de forma que los días lectivos de la semana estarán en compañía de la madre y los fines de semana con el padre desde la salida del colegio del viernes hasta las 20,00 horas del domingo y los días festivos y puentes se unirán al fin de semana.

"La vivienda familiar sita en BARRIO000 C/ DIRECCION001 núm. NUM000 , casa NUM001 , de Granada, así como los muebles y enseres se atribuye al esposo con quien convivirán las hijas en el periodo que le corresponda.

"Vacaciones de Navidad, desde las 20,00 horas del día 22 de diciembre hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre y desde las 20,00 horas del 30 de diciembre hasta las 12,00 horas del día inmediato anterior a la finalización de las vacaciones escolares.

"Vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos, desde el Viernes de Dolores al finalizar el colegio hasta las 20,00 horas del Miércoles Santo y desde las 20,00 horas del Miércoles Santo hasta el día que se inicia el curso escolar en el centro.

"Vacaciones de Verano de dividirán por quincenas, desde las 20,00 horas del día 1 de julio hasta las 20,00 horas del día 15 de julio; desde las 20,00 horas del día 15 de julio hasta las 20,00 horas del día 31 de Julio y desde las 20,00 horas del 31 de julio hasta las 20,00 horas del 15 de agosto y desde las 20,00 horas del día 15 de agosto hasta las 20,00 horas del 31 de agosto, siendo el progenitor que vaya a iniciar el periodo vacacional el que recoja a las menores en el centro escolar o en el domicilio del otro, según corresponda. En caso de desacuerdo entre los progenitores el padre elegirá los años impares y la madre los años pares.

"Los días de cumpleaños del padre o de la madre lo disfrutarán las hijas menores con cada uno de los progenitores desde las 17,00 horas hasta las 20,30 horas. En cuanto al cumpleaños de las niñas lo disfrutarán un año con el padre y otro con la madre.

"Los padres podrán comunicarse con sus hijas por cualquier medio teléfono, carta, medios telemáticos etc, cuantas veces lo deseen. Ambos progenitores podrán visitar a sus hijas cuando se encuentren enfermas, facilitando el otro progenitor el acceso al domicilio en que se encuentren en ese momento para visitarlas e interesarse por su salud.

"Respecto a la pensión por alimentos el CC trata de los alimentos (art. 146) remite a dos parámetros que deben ser tenidos en cuenta para proporcionar su cuantía a ellos: la necesidad de los alimentistas y el caudal o los medios de los alimentantes. Ambos precisan una ponderación en la que entran un sinnfn de factores. Por de pronto, "proporcionado" es de conformidad con el Diccionario de María Moliner, aquel "que sus dimensiones



guardan proporción armónica o conveniente" o "que no es demasiado grande o demasiado pequeño en relación con la cosa que se expresa", lo cual es absolutamente inconcreto.

"En cuanto a la determinación de las necesidades de los beneficiarios han de ser establecidas partiendo del concepto mismo de "necesidades". Este término literalmente se refiere a lo que es imprescindible para la vida. No obstante, en su aplicación práctica exige distinguir, en primer término, si el alimentista es un hijo u otro pariente, e, incluso, si es algún extraño, cuyo derecho a alimentos nace de un pacto. Y entre los hijos el contenido de la obligación difiere si se trata de menores o incapacitados, donde lo imprescindible se amplía y comprende atenciones no estrictamente precisas sino alcanzar a lo confortable e, incluso, lo lúdico y lo superfluo o lujoso ( STSJ Cataluña de 4 de abril de 2011). Por otro lado, se comprenden en este concepto los llamados ordinarios, esto es, los que son regulares en su existencia y periódicos en su atención, ya que los extraordinarios por definición, por su condición de imprevisibles y no periódicos, no pueden cifrarse a priori. Pero que también son exigibles.

"Con frecuencia respecto de los hijos menores e incapacitados, se parte de la cobertura de aquellos gastos que los padres han considerado apropiados cuando existía una convivencia de todos con cierta normalidad, aunque suele ser difícil probarlos con exactitud y por eso con frecuencia se acude a los signos externos de renta gastada, inmediatamente anteriores a la ruptura ( SAP Córdoba de 26 de mayo de 2011).

"En el presente caso no se han acreditado especiales necesidades de los menores, por lo que serán las propias de su edad y a través de la práctica de la prueba, interrogatorio de las partes, documental que consta en autos, el Sr. Victor Manuel obtiene unos ingresos de uno 1.359.-€ al mes y los de la madre no quedaron acreditados, si bien ambas partes en su interrogatorio manifestaron que la situación económica es la misma que existía cuando se dictó el auto de medidas de 4 de febrero de 2014, por lo que se entiende adecuada la pensión por alimentos allí establecida de 90.-€ por cada hija, a cargo del padre, que se abonarán en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, cantidad que se actualizará conforme al IPC anual.

"Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% entendiendo como tales operaciones quirúrgicas, largas enfermedades y análogos siendo necesario la conformidad previa de ambos progenitores y en caso de desacuerdo previa autorización judicial.

"Finalmente, los préstamos que hayan suscrito ambos cónyuges y deudas contraídas durante el matrimonio deberán ser sufragados al 50%, respetándose el acuerdo de las partes aunque no sea ésta cuestión propia de las medidas definitivas, a resolver en la liquidación de la sociedad de gananciales".

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 21 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Se revoca la sentencia apelada, en cuanto se otorga en esta que dictamos a la madre apelante la guarda y **custodia** de las dos hijas, así como el uso de la vivienda familiar, sin pronunciamiento respecto a las costas del recurso y devolución del depósito para recurrir si se hubiere constituido. El padre tendrá consigo a las menores los fines de semana alternos desde la salida del centro educativo hasta las 20 horas del domingo. La mitad de las vacaciones de Navidad, verano y Semana Santa. Las pensiones alimenticias se fijan en 350.-€ mensuales para cada hija, actualizables el 1 de enero de cada año conforme al IPC, a pagar desde la fecha de interposición de la demanda".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Victor Manuel se interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo único.- Al amparo del art. 1.2.º y 4.º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; defecto en la forma de motivar la sentencia, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ex art. 469.1.2.º LEC, infracción del art. 218.2 LEC. La sentencia recurrida no motiva el fundamento de su resolución, ni de una forma clara ni expresa cuanto menos sobre todo si de lo que se trata es de revocar la sentencia de la primera instancia; no existe una explicación razonable de los motivos de la decisión judicial. La sentencia recurrida no da ninguna razón que justifique el cambio de criterio respecto de la sentencia de 1.ª instancia, sometiendo a esta parte a una absoluta desprotección ya que no podemos recurrir lo que desconocemos; la motivación y certeza interna del juzgador para llegar a unas conclusiones particulares y concretas. Invocando a tal efecto: de la Sala de lo Civil STS 225/2016, de 8 de abril, rec. 958/2014; STS 519/2013, de 30 de octubre de 2014, rec. 1359/2013, y STS 194/2016, de 20 de marzo, rec. 1159/2015.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:



Motivo primero.- Vulneración del art. 2, 3 y 9 de la LO 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 1999 (Resolución A 3-0172/92 de 8 de Julio) así como los arts. 92, 154 y 159 que consagran el interés del menor, principio información del derecho de familia y Jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Al amparo de lo prevenido en el art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción del art. 92 del CC consideramos que la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores y el pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas y arbitrarias; las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales; las sentencias del TS no son ajenas a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos a la hora de garantizar el interés del menor algo también obviado por la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre. En contra, todo ello, de la doctrina jurisprudencial, invocando: STS 1638/2016, de 13 de abril, rec. 1473/2015, núm. de resolución 251/2016; STS 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011; así como la STS 135/2017, de 28 de febrero, rec. 943/2016.

Motivo segundo.- Infracción del art. 92.5, 6 y 7 del CC, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y **custodia compartida** siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. La sentencia recurrida no analiza siquiera la necesidad o no de la **custodia compartida**, sino que se limita a otorgarla a la madre. Vulneración del art. 92.6 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, no constando causa que desaconseje el sistema de **custodia compartida**, procedería establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil. En contra ello de la doctrina del Tribunal Supremo, invocando: STS 172/2016, de 17 de marzo, rec. 1136/2015; STS 571/2015, de 14 de octubre, rec. 772/2014; STS 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011.

Motivo tercero.- Vulneración del art. 148.1 del Código Civil, en relación con los artículos 147, 146 y 142, así como los artículos 91 y 106 del Código Civil, y 774.5 LEC en cuanto que se determina que la fecha del devengo de la pensión de alimentos y el incremento, fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial, se produce desde la fecha de la interposición de demanda y no desde la sentencia de instancia, no teniendo en cuenta que los hijos están recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales previamente acordadas, todo ello en contra de la doctrina de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, invocando: la STS 351/2015, de 15 de junio, rec. 2493/2013, así como la STS 389/2015, de 23 de junio, rec. 1097/2014 y la STS 680/2014, de 18 de noviembre, rec. 1695/2013.

Motivo cuarto.- Infracción del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación de los artículos 142, 145 y 146 y 154.2 del Código Civil, ya que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante. No se analizan debidamente los gastos de los hijos y no se respeta el canon de proporcionalidad en cuanto a la correspondencia entre las capacidades económicas de cada uno de los padres y las necesidades de los hijos, no respetándose el equilibrio entre ingresos y cargas de ambos progenitores, oponiéndose así a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, invocando: STS 586/2015, de 21 de octubre, rec. 1369/2014; STS 413/2015, de 10 de julio, rec. 682/2014; STS 395/2015, de 15 de julio, rec. 1359/2014, y la STS de 2 de diciembre de 2015, rec. 1738/2014.

Motivo quinto.- Infracción de lo dispuesto en el art. 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española en cuanto a la atribución de la vivienda familiar a la madre y, además, sin carácter temporal. La situación particular, obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y el tener cubierta las necesidades de habitación tal como expresa la Sala Primera de lo Civil en STS 174/2015, de 25 de marzo, rec. 2446/2013 y STS 282/2015, de 18 de mayo, rec. 2302/2013, entre otras y, en segundo lugar, el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar ha venido siendo una situación consentida por la esposa-madre y, por lo tanto calculada en su momento, no habiéndose solicitado por ésta su uso y disfrute y, sin embargo, se ha aplicado en el presente caso, directamente, lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 96 del CC, además, sin tener en cuenta, que desde ese uso consentido, el padre ha seguido haciendo uso de la vivienda, conjuntamente con las hijas en los periodos que están con él, ocupando la madre otra vivienda desde el referido año, estando garantizada la necesidad de vivienda de las menores. Se denuncia, también, la infracción de la jurisprudencia relativa a la teoría de los actos propios contenida en la STS 4160/2015, de 6 de octubre que, a su vez, se remite a la STS 201/2015, de 9 de abril, rec. 670/2013.



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de mayo de 2018, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María José García Carrasco, en nombre y representación de Dña. Adoracion , presentó escrito de oposición al mismo. Y, por su parte, el fiscal en sus alegaciones respecto a los recursos concluye que procede la estimación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación de los cuatro primeros motivos de casación así como la desestimación del quinto motivo de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 9 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de demanda de divorcio promovida por el esposo en la que solicitaba la adopción de un régimen de guarda y **custodia compartida** para las dos hijas menores, de forma que los días lectivos vivirían con la madre y con el padre los fines de semana, encargándose los progenitores de los gastos de sus hijas durante los periodos de convivencia, y con atribución al padre del domicilio familiar.

Frente a éste régimen de **custodia**, por la esposa en el escrito de contestación a la demanda solicitó la guarda y **custodia** exclusiva de las dos hijas menores, y el establecimiento de una pensión alimenticia con cargo al padre por importe de 450 mensuales, en total para las dos hijas, con atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y a las dos hijas.

Por el juzgador de primera instancia se estableció un régimen de guarda y **custodia compartida** de forma que los días lectivos de la semana estén en compañía de la madre y los fines de semana con el padre, con atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al esposo, con el que convivirán las menores en los tiempos que le corresponda.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por la madre, por la Audiencia Provincial de Granada se estimó el recurso, y se otorga la guarda y **custodia** de las dos hijas menores a la madre, así como el uso de la vivienda familiar.

Considera la Audiencia Provincial de Granada como motivación de su decisión, respecto de la atribución de la guarda y **custodia** a la madre, anulando el régimen determinado en primera instancia, que: "falta de notificación de la sentencia, resultando y, en ello lleva razón que al final la madre tenía atribuido el 72% del tiempo de comunicación con las menores y, el padre el 28% pero en el tiempo de la madre debe incluirse el escolar".

3.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal.

#### SEGUNDO.- *Motivo único.*

Motivo único.- Al amparo del art. 1.2.º y 4.º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; defecto en la forma de motivar la sentencia, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ex art. 469.1.2.º LEC, infracción del art. 218.2 LEC. La sentencia recurrida no motiva el fundamento de su resolución, ni de una forma clara ni expresa cuanto menos sobre todo si de lo que se trata es de revocar la sentencia de la primera instancia; no existe una explicación razonable de los motivos de la decisión judicial. La sentencia recurrida no da ninguna razón que justifique el cambio de criterio respecto de la sentencia de 1.ª instancia, sometiendo a esta parte a una absoluta desprotección ya que no podemos recurrir lo que desconocemos; la motivación y certeza interna del juzgador para llegar a unas conclusiones particulares y concretas. Invocando a tal efecto: de la Sala de lo Civil STS 225/2016, de 8 de abril, rec. 958/2014; STS 519/2013, de 30 de octubre de 2014, rec. 1359/2013, y STS 194/2016, de 20 de marzo, rec. 1159/2015.

#### TERCERO.- *Decisión de la sala. Falta de motivación.*

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida no concurre un déficit de motivación sino una ausencia total de motivación.

El recurrente y esta sala desconocen los argumentos que llevaron a la sala de apelación para cambiar la **custodia compartida** por la **custodia** por la madre. Todo ello tendrá una respuesta por esta sala en sede de casación ( art. 218 LEC).

#### Recurso de casación.

**CUARTO.-** *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- Vulneración del art. 2, 3 y 9 de la LO 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 1999 (Resolución A 3-0172/92 de 8 de Julio) así como los arts. 92, 154 y 159 que consagran el interés del menor, principio información del derecho de familia y Jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Al amparo de lo prevenido en el art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción del art. 92 del CC consideramos que la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores y el pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas y arbitrarias; las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales; las sentencias del TS no son ajenas a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos a la hora de garantizar el interés del menor algo también obviado por la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre. En contra, todo ello, de la doctrina jurisprudencial, invocando: STS 1638/2016, de 13 de abril, rec. 1473/2015, núm. de resolución 251/2016; STS 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011; así como la STS 135/2017, de 28 de febrero, rec. 943/2016.

2.- Motivo segundo.- Infracción del art. 92.5, 6 y 7 del CC, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y **custodia compartida** siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción. La sentencia recurrida no analiza siquiera la necesidad o no de la **custodia compartida**, sino que se limita a otorgarla a la madre. Vulneración del art. 92.6 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, no constando causa que desaconseje el sistema de **custodia compartida**, procedería establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil. En contra ello de la doctrina del Tribunal Supremo, invocando: STS 172/2016, de 17 de marzo, rec. 1136/2015; STS 571/2015, de 14 de octubre, rec. 772/2014; STS 257/2013, de 29 de abril, rec. 2525/2011.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. Custodia Compartida.*

Se estiman los dos motivos.

Como dijimos la falta de motivación de la sentencia recurrida nos impide conocer la razón por la cual el tribunal de apelación rechazó el régimen de **custodia compartida** establecido por el juzgado.

En el auto de medidas provisionales ya se hizo constar que por las jornadas laborales de cada cónyuge, se establecía que con la madre permanecerían de lunes a viernes hasta las 14 h y todos los fines de semana con el padre, dado que el padre durante la semana terminaba de trabajar tarde y la madre tenía ocupados los fines de semana en un bar.

Este era el sistema que los padres habían acordado *de facto* y que el auto de medidas ratificó.

En el informe psicosocial consta que este sistema tenía un desenvolvimiento favorable y que no disgustaba a las menores.

También en el informe consta que se oyó a la hija mayor y que ambos progenitores tienen competencias adecuadas para la educación.

La madre impugna este sistema de **custodia compartida**, al entender que no puede perjudicarse el interés de las menores para beneficiar el interés paterno. Que con el sistema se privaba a la madre de disfrutar de al menos un fin de semana con las hijas.

La madre también alega que el padre le impidió participar de la fiesta de comunión de la hija mayor, hecho, que de ser cierto, entiende esta sala que sería altamente reprobable e indicativo de una manifiesta incapacidad para compartir decisiones por parte del que provocó la decisión, hecho que de ser verdadero y repetirse podría aconsejar un cambio de medidas, en el futuro.

Tras estas consideraciones, debemos declarar que es doctrina jurisprudencial que el sistema de **custodia compartida**, lejos de ser excepcional es el que más favorece el contacto de los menores con sus progenitores y el que más protege el interés de los menores ( sentencias 1638/2016, de 13 de abril, y 257/2013, de 29 de abril).

El sistema de **custodia compartida** no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

A la vista de ello debemos estimar este motivo de recurso, dejando sin efecto la **custodia** por parte de la madre y retornando al sistema de **custodia compartida** contenido en la sentencia del juzgado, dado que es el que las partes convinieron, el que el informe psicosocial propone, el que se ha venido desarrollando con razonable éxito y el compatible con los horarios laborales de ambos progenitores, todo ello de acuerdo con el art. 92 del C. Civil.

**SEXTO.-** *Motivo tercero.*

Motivo tercero.- Vulneración del art. 148.1 del Código Civil, en relación con los artículos 147, 146 y 142, así como los artículos 91 y 106 del Código Civil, y 774.5 LEC en cuanto que se determina que la fecha del devengo de la pensión de alimentos y el incremento, fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial, se produce desde la fecha de la interposición de demanda y no desde la sentencia de instancia, no teniendo en cuenta que los hijos están recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales previamente acordadas, todo ello en contra de la doctrina de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, invocando: la STS 351/2015, de 15 de junio, rec. 2493/2013, así como la STS 389/2015, de 23 de junio, rec. 1097/2014 y la STS 680/2014, de 18 de noviembre, rec. 1695/2013.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la Sala. Fecha de devengo de alimentos.*

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se elevó la cantidad de alimentos y se fijaron desde la interposición de la demanda, cuando desde el auto de medidas provisionales había fijada una cantidad notoriamente menor.

Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del C. Civil, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo que esta sala resuelva sobre su cuantía como luego diremos.

**OCTAVO.-** *Motivo cuarto.*

Motivo cuarto.- Infracción del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación de los artículos 142, 145 y 146 y 154.2 del Código Civil, ya que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante. No se analizan debidamente los gastos de los hijos y no se respeta el canon de proporcionalidad en cuanto a la correspondencia entre las capacidades económicas de cada uno de los padres y las necesidades de los hijos, no respetándose el equilibrio entre ingresos y cargas de ambos progenitores, oponiéndose así a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, invocando: STS 586/2015, de 21 de octubre, rec. 1369/2014; STS 413/2015, de 10 de julio, rec. 682/2014; STS 395/2015, de 15 de julio, rec. 1359/2014, y la STS de 2 de diciembre de 2015, rec. 1738/2014.

**NOVENO.-** *Decisión de la Sala. Proporcionalidad de los alimentos.*

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se fijan 350 euros para cada una de las dos hijas, por alimentos, dado que la **custodia** la ostentaba la madre, situación que ha cambiado.

El Juzgado fijó 90 euros por cada hija.

Esta Sala ha de tener en cuenta que con el sistema de **custodia compartida** que se ratifica, las niñas están con la madre cuatro días y medio y con el padre dos días y medio.

La madre percibe un sueldo de 800 euros mensuales y el padre 1359 euros, junto con ello la madre trabaja los fines de semana en un bar.

Esta sala ha de fijar los alimentos de acuerdo con el art. 146 del C. Civil (sentencia 586/2015, de 21 de octubre), con proporcionalidad a las necesidades de las menores, a la capacidad económica de los progenitores y a los tiempos de estancia en casa de cada uno, por lo que se establece la cantidad de 125 euros por cada una de las hijas.

Como hemos declarado las cantidades fijadas en la sentencia de apelación solo eran operativas, desde esa sentencia de segunda instancia.

Asimismo, debe añadirse a lo expuesto, tal y como recuerda la STS 483/2017, de 20 de julio, que:



"Es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

Las cantidades que se fijan en esta sentencia de casación solo serán operativas desde la fecha de la presente sentencia del Tribunal Supremo.

De acuerdo con la STS 483/2017, de 20 de julio, recuerda que:

"Es doctrina reiterada de esta sala que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" ( sentencias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016)", por lo que procede fijar la extinción de la pensión alimenticia en favor del hijo mayor de edad desde la fecha de la sentencia de segunda instancia en la que se acuerda su extinción, y no desde el momento de interposición de la demanda".

#### **DÉCIMO.-** *Motivo quinto.*

Motivo quinto.- Infracción de lo dispuesto en el art. 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española en cuanto a la atribución de la vivienda familiar a la madre y, además, sin carácter temporal. La situación particular, obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y el tener cubierta las necesidades de habitación tal como expresa la Sala Primera de lo Civil en STS 174/2015, de 25 de marzo, rec. 2446/2013 y STS 282/2015, de 18 de mayo, rec. 2302/2013, entre otras y, en segundo lugar, el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar ha venido siendo una situación consentida por la esposa-madre y, por lo tanto calculada en su momento, no habiéndose solicitado por ésta su uso y disfrute y, sin embargo, se ha aplicado en el presente caso, directamente, lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 96 del CC, además, sin tener en cuenta, que desde ese uso consentido, el padre ha seguido haciendo uso de la vivienda, conjuntamente con las hijas en los periodos que están con él, ocupando la madre otra vivienda desde el referido año, estando garantizada la necesidad de vivienda de las menores. Se denuncia, también, la infracción de la jurisprudencia relativa a la teoría de los actos propios contenida en la STS 4160/2015, de 6 de octubre que, a su vez, se remite a la STS 201/2015, de 9 de abril, rec. 670/2013.

#### **UNDÉCIMO.-** *Adjudicación de la vivienda que fue familiar.*

Se estima parcialmente el motivo.

En la sentencia de apelación se atribuye la vivienda a las menores que estarían con la madre, a la que se le atribuía la **custodia**.

En la sentencia del juzgado se le atribuía la vivienda al padre.

Como declara la sentencia 294/2017, de 12 de mayo:

"La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores.

"En todas ellas se hace ver que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar ( STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de **custodia**, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

"Se afirma que "La sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la **custodia** de un progenitor y otros bajo la **custodia** de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres ( STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente ( STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la **custodia compartida**, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente



en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará 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 la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única...)".

"De esta doctrina cabe extraer que concurren razones suficientes para admitir el recurso de casación, al haberse atribuido, en apelación, indefinidamente la que fue vivienda familiar a la esposa e hija dado que, al alternarse la **custodia** entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad (sentencia 513/2017, de 22 de septiembre)".

En el mismo sentido la sentencia 7/2018, de 10 enero.

Por lo expuesto, estimado el recurso de casación, y constituida la sala en tribunal de apelación, valorando los argumentos expuestos en segunda instancia, acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la **custodia compartida**, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

**DUODÉCIMO.**- No procede imposición de costas derivadas de los recursos por infracción procesal y casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas en las instancias.

## FALLO

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

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y parcialmente el recurso de casación interpuestos por D. Víctor Manuel contra sentencia de 21 de abril de 2017 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada (recurso de apelación 524/2016).

2.º- Casar parcialmente la sentencia, acordando:

A) La **custodia compartida** por idénticos períodos e igual sistema de estancias y visitas a los contenidos en la sentencia del juzgado de primera instancia de 11 de febrero de 2016 (Proc. 299/2014).

B) El padre abonará a la madre en concepto de alimentos, la cantidad de 125 euros mensuales, por cada hija (en total 250 euros), actualizables y abonables conforme se declaró en la sentencia del juzgado, y siendo efectivas estas cantidades desde la fecha de la presente sentencia.

C) No procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, acordando que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

3.º- No procede imposición de costas derivadas de los recursos por infracción procesal y casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir. No procede imposición de costas en las instancias.

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

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

Así se acuerda y firma.