



Roj: **SAP S 131/2025 - ECLI:ES:APS:2025:131**

Id Cendoj: **39075370022025100046**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **03/02/2025**

Nº de Recurso: **941/2024**

Nº de Resolución: **96/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **JOSE ARSUAGA CORTAZAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Santander, núm. 11, 29-07-2024 (proc.,
SAP S 131/2025,
AAP S 254/2025**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2 de Cantabria

Apelación sentencias restantes 0000941/2024

NIG: 3907542120230001522

AP004

Calle Avda Pedro San Martin S/N Santander Tfno: 942357123 Fax: 942357142

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 de Santander Familia. Divorcio contencioso

0000370/2023 - 0

Puede relacionarse telemáticamente con esta

Admón. a través de la sede electrónica.

(Acceso Vereda para personas jurídicas)

<https://sedejudicial.cantabria.es/>

SENTENCIA Nº 000096/2025

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Bruno Arias Berrioategortua.

Dª Milagros Martínez Rionda.

=====

En la Ciudad de Santander, a tres de febrero de dos mil veinticinco.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Familia núm. 370 de 2023, Rollo de Sala núm. 941 de 2024, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander, seguidos a instancia de D. Alvaro contra Dª Trinidad . Con la intervención del Ministerio Fiscal.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, D. Alvaro , representado por la Procuradora Sra. Paz Campuzano Pérez del Molino y defendido por la Letrada Sra. Marina Martínez de la Pedraja Abarca; y apelada



D^a. Trinidad , representada por la Procuradora Sra. Aranzazu Sáiz Quevedo y defendida por la Letrada Sra. María Teresa Ortíz Calzado. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 29 de julio de 2024 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO:"Que estimando en parte la demanda y reconvenición formuladas por **D. Alvaro y D^{ña}. Trinidad**, debo: I.- Decretar la disolución del vínculo conyugal existente entre las partes por divorcio, con todos los efectos legales inherentes a referido pronunciamiento.

II.- Aprobar las siguientes medidas que regirán las relaciones de ambos progenitores con sus hijos menores, Edmundo y Carlos Daniel :

A.- El ejercicio conjunto de la patria potestad de los menores por ambos progenitores. El ejercicio conjunto de la patria potestad, inherente al padre y a la madre por el hecho mismo de la filiación, respecto de sus hijos menores no emancipados, y declarado por mor de la presente resolución exigirá que las decisiones relevantes relativas a los hijos menores sean adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, o en caso de desacuerdo, autorizadas por el órgano judicial, reuniendo referida condición, cuando menos, sin ánimo exhaustivo, las cuestiones relativas a: la residencia habitual de los menores, y, traslado al extranjero, salvo en caso de viajes vacacionales. b) Elección inicial o cambio de centro escolar, del modelo educativo, a través de un colegio público o privado, laico o religioso. c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias. d) Las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico o psicológico continuado. En defecto de acuerdo, deberá someterse a la autoridad judicial la atribución de la facultad de decidir.

La administración de los bienes de los hijos existente al tiempo de interposición de la demanda (fondos, cuentas de valores etc) en la entidad Bankinter se atribuye de forma exclusiva al progenitor.

B.- La guarda y custodia de los hijos menores, será ejercida por ambos progenitores de forma compartida, mediante períodos de **alternancia** quincenal, comenzando cada período los días 1 y 16 del mes respectivo a las 10:00 horas, salvo pacto en contrario.

La guarda y custodia se ejercerá en el domicilio **familiar** al que se desplazará cada progenitor al inicio del período quincenal respectivo, iniciándose referido régimen el 1 de septiembre del año en curso con la estancia materna y obligación de la citada de abandonar el domicilio **familiar** antes de las 10:00 horas del día 16 de citada mensualidad en el que iniciará su régimen de estancia quincenal el progenitor y así sucesivamente.

Hallándose subordinado el **uso** alternativo de la **vivienda familiar** al ejercicio de la custodia compartida se extinguirá automáticamente con ésta, ya por alcanzar los hijos la mayoría de edad o acceder a situación de emancipación ya tan pronto inicie el menor su formación académica continuada en el extranjero.

A salvo acuerdo en contrario, durante los períodos de estancia paterna y entretanto la progenitora no acceda al mercado laboral en horario vespertino, podrá trasladar a los hijos a las actividades extraescolares de lunes a viernes de 17:00 a 20:00 horas, o permanecer con los citados en actividades de refuerzo educativo siempre en espacio ajeno a la **vivienda familiar** y sus anexos

C.- Citado régimen de estancia quincenal únicamente resultará alterado durante las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, en los que la convivencia con los progenitores se distribuirá por mitad en cada uno de los periodos, con **alternancia** anual, de tal forma que, en defecto de acuerdo, corresponderá a la madre la primera mitad del período los años pares, y, al padre la segunda, y, a la inversa en los años impares, esto es, el padre permanecerá en compañía de los menores la primera mitad del periodo durante los años impares y la madre la segunda mitad, con las especialidades siguientes:

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, el primero desde el último día lectivo hasta las 10.00 horas del día 30 diciembre. Y el segundo que se desarrollará desde dicha fecha hasta el día anterior al comienzo del curso escolar a las 10.00 horas.

Dada la **alternancia** de dichos periodos se acuerda que el día de Reyes, el padre o la madre en cuya compañía no se encuentren los menores, pueda permanecer con los citados al menos desde las 17:00 hasta las 20:00 horas.



D.- Cada progenitor sufragará a su cargo exclusivo, durante el período de convivencia respectivo, los gastos ordinarios de los menores relativos a alimentación y vestido.

Sin perjuicio de lo anterior se fija con cargo al progenitor una pensión de alimentos en favor de los hijos menores de 1.000.- euros mensuales, a satisfacer por mensualidades anticipadas dentro de los cinco días de cada mes en la cuenta designada por la progenitora. Esta cantidad será revisable anualmente en proporción a las variaciones del IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya, y será destinada a sufragar las necesidades de sus hijos durante los tiempos de estancia con su madre.

Los gastos de educación, libros, matrículas, material escolar, uniformes, clases de refuerzo necesarias, campamentos, excursiones, estancias educativas en el extranjero y gastos extraordinarios, en especial de carácter médico, sanitarios, operaciones quirúrgicas, gastos médicos, psicológicos y farmacéuticos no cubiertos por el sistema público de la Seguridad Social, así como las actividades extraescolares y su equipamiento, quedarán a cargo exclusivo paterno.

En todo caso, los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente, deberán ser consentidos por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con un gasto extraordinario de los menores, así como el importe del mismo junto con los documentos correspondientes, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, sí, en el plazo de 10 días naturales siguientes, aquél no lo deniega expresamente. En caso de divergencia, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Sólo los gastos extraordinarios de carácter urgente y necesario, se podrán realizar sin previo consentimiento del otro progenitor o autorización judicial

III.- Los gastos inherentes a los consumos de la **vivienda** serán sufragados a cargo exclusivo paterno, incluidos los de internet o telefonía, al igual que los gastos de asistenta.

El progenitor se obliga a satisfacer a la demandada-reconveniente la suma de 4.500€ en concepto de litisexpensas. A quien de igual modo, se atribuye el **uso** del Opel Zafira matrícula NUM000 .

IV.- Se establece una pensión compensatoria en favor de la esposa y a cargo del actor de 2.500€ mensuales, sin sumisión a límite temporal. A satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria designada por la demandante, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

Firme la presente resolución comuníquese de oficio al Registro Civil donde figure inscrito el matrimonio al objeto de extender la oportuna anotación marginal, sin realizar expreso pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la instancia".

SEGUNDO:Contra dicha Sentencia, la representación de D. Alvaro interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso e impugnó la resolución, por cuyo motivo se dio traslado a las demás partes y se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.

1. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Santander de 29 de julio de 2024, además de decretar el divorcio de los cónyuges y atribuir el ejercicio conjunto de la patria potestad respecto de los hijos comunes, Edmundo y Carlos Daniel , acordó las medidas señaladas en los antecedentes de hecho de esta resolución.

En lo que importa por el objeto actual del recurso, en síntesis, acordó:

1.1. La guarda y custodia compartida por quincenas alternas, salvo los periodos vacaciones de Navidad y Semana Santa que se repartirán por mitad, con inicio el 1 de septiembre de 2024.

1.2. El desarrollo de la guarda compartida en el domicilio **familiar**, cuyo **uso** se atribuye a ambos cónyuges de forma alternativa y al que se desplazará cada progenitor al inicio del periodo quincenal respectivo, y que se extinguirá por la extinción de la custodia compartida, bien por alcanzar los hijos la mayoría de edad o emancipación o por el inicio del menor de una formación académica continuada en el extranjero.



1.3. La atribución a la madre, durante los periodos de estancia paterna y mientras no acceda al mercado laboral en horario vespertino, del derecho a trasladar a sus hijos a las actividades extraescolares que deban desarrollar de lunes a viernes en horario de 17:00 a 20:00 horas, o permanecer con los citados en actividades de refuerzo educativo siempre en espacio ajeno a la **vivienda familiar** y sus anexos.

1.4. Una pensión de alimentos a satisfacer por el padre de 1.000 mensuales -los gastos ordinarios de alimentación y vestido del periodo de convivencia respectivo serán sufragados por cada progenitor a su cargo exclusivo- además de asumir en exclusiva los gastos extraordinarios -en los que incluye la educación, libros, matrículas, material escolar, uniformes (..)- y los inherentes a los consumos de la **vivienda**, incluidos los de internet o telefonía, y los gastos de asistenta.

1.5. Una pensión compensatoria indefinida por importe de 2.500 euros mensuales.

2. D. Alvaro interpone recurso de apelación en la que denuncia el error en la valoración de la prueba y en las conclusiones jurídicas alcanzadas en relación con los siguientes motivos: (i) indebida atribución de la guarda y custodia compartida, interesando el reconocimiento de la guarda y custodia exclusiva del padre; (ii) permanencia de los hijos con la madre durante el periodo de custodia compartida paterna, en caso de mantenerse tal modalidad de guarda; (iii) indebida atribución alternativa de la **vivienda familiar** ajustada al periodo de custodia compartida, por ser merecedor exclusivo el padre titular del inmueble; (iv) dejar sin efecto la pensión de alimentos establecida si la custodia se atribuye en exclusiva al padre -sin perjuicio de que de mantenerse la custodia compartida la pensión no podría ser superior a la cantidad de 200 euros por hijo y por mes- y las obligaciones impuestas sobre los gastos de la **vivienda** y asistenta con cargo exclusivo al padre; (v) fijar la pensión compensatoria en la suma de 1.000 euros mensuales durante 10 diez años, salvo la concurrencia de circunstancias que justifiquen su modificación o extinción.

3. D^a Trinidad se opuso al recurso e interesó su desestimación.

4. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso en la medida interesada de atribución de la guarda y custodia de los menores al padre y la atribución al mismo del domicilio **familiar**, aceptando la pensión de alimentos establecida si se mantiene la custodia compartida acordada.

5. En consecuencia, para ordenar el razonamiento del tribunal se distinguirá a continuación entre el régimen de guarda y custodia adecuado y la eventual estancia de la madre con sus hijos por la tarde en el periodo de custodia paterna, la atribución del **uso** alterno y compartido (**casa-nido**) del domicilio **familiar**, la fijación en su caso de una pensión alimenticia y de los conceptos que la integran, y, en fin, la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria y su vigencia temporal.

SEGUNDO: Régimen de guarda -compartida o exclusiva- y estancia con la madre por las tardes.

1. En relación con la acordada guarda y custodia compartida, la Sala no es ajena a la jurisprudencia del TS y por ello hemos sostenido -sentencias de 16 de febrero y 17 de julio de 2015, 7 de enero de 2018 y 4 de febrero de 2019, entre otras- que

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

2. El <<favor filii>>será el único interés relevante en la decisión, como nos recuerda la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a través de su triple dimensión: (i) como derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; (ii) como principio general interpretativo, pues si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor; (iii) como norma de procedimiento

3. En tal sentido, se insiste en que (SSTS de 25 de abril , 22 de octubre , 30 de octubre , 18 de noviembre de 2014 y 16 de febrero de 2015 , entre otras)

<<La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar



afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven>>.

4. No puede olvidarse que como presupuesto para la adopción de la medida exige la jurisprudencia (por todas, las sentencias cercanas del TS de 16 y 21 de septiembre de 2016) que la adopción del sistema de custodia compartida no 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 permita mantener conservaciones respetuosas y fluidas en beneficio del menor. La existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican "per se", que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante al menor, causándole un perjuicio (STS 433/2016, de 27 de junio). En cualquier caso, para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (SSTS de 16 de octubre de 2014, R. 683/2013, 433/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio, 296/2017, de 12 de mayo y 242/2018, de 24 de abril.

5. Indican las SSTS de 27 de junio de 2016 y 17 de marzo de 2016, que la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un régimen ya ordinario de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida. En consecuencia, que haya funcionado correctamente la custodia a favor de la madre no significa que ello desaconseje la custodia compartida, máxime cuando el régimen de comunicación con el padre ha ido evolucionando de forma satisfactoria, lo que viene a reforzar la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida (STS 545/2016, de 16 de septiembre).

6. Debe exigirse, para acordar el régimen de custodia compartida, la petición al menos de uno de los progenitores (SSTS 19 de abril de 2012, R. 1089/2010, 9 de marzo de 2016, R. 1849/2014, 400/2016, de 15 de junio y 389/2017, de 20 de junio).

7. Si el régimen de custodia compartida supone beneficios para el menor, también conlleva o implica dificultades, generalmente relacionadas con la necesidad de cambio de domicilio en períodos cortos de tiempo. La jurisprudencia se manifiesta a favor de evitar que el régimen conlleve notables desplazamientos hasta el lugar de escolarización durante el tiempo en que el menor reside en alguno de los domicilios de dichos progenitores (SSTS 748/2016, de 21 diciembre y 370/2017, de 9 de junio).

8. Valorada la prueba practicada, bajo la plena jurisdicción de este tribunal, el recurso no va a ser estimado.

El recurrente, en definitiva, insiste en considerar que constituye un riesgo para sus hijos menores la enfermedad mental de su madre -trastorno límite de la personalidad- que le ha llevado, al no existir otra justificación, a sucesivos intentos autolíticos.

Antes de seguir una circunstancia debe advertirse: la existencia, en su caso -no del todo comprobada en el presente proceso-, de una enfermedad mental, no debe ser obstáculo para que la capacidad parental de la persona aquejada de dicha discapacidad pueda ser la apropiada para ejercer la guarda y custodia en condiciones de igualdad. Solo si se advirtiera que la enfermedad le produce una limitación en su capacidad de cuidado o en su general discernimiento con riesgo para los menores, habría motivo para adecuar el régimen de guarda, estancias o comunicación a dicha situación. Pero recordando siempre que las personas con discapacidad mantienen intacta su personalidad jurídica y solo cuando su discapacidad le impide el pleno ejercicio de su capacidad jurídica resulta apropiado establecer el apoyo debido para su pleno desenvolvimiento (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica).

8.1. La recurrida nunca ha negado que en los meses de octubre y diciembre de 2020 y septiembre de 2023 le llevaron a ser ingresada en el DIRECCION000 por intentos autolíticos derivados de episodios de impulsividad autodestructiva, bien por sobreingesta medicamentosa voluntaria y redacción de cartas de despedida (en 2020), bien por mantener una huelga de hambre que le lleva a una deshidratación y a un fracaso renal agudo (en septiembre de 2023). Como tampoco puede negarse que en los ingresos de octubre y diciembre de 2020 se advirtiera como antecedente personal TLP en tto con sertralina que había estado en seguimiento con psicólogo y psiquiatra privado con mala adherencia al tratamiento, o que en el último ingreso no se objetivara el antecedente anterior -mencionando que en las consultas de psiquiatría del centro de salud de la DIRECCION001 de Santander no se objetivara una patología, sino psicopatología de la vida cotidiana,



20/12/2019)- aunque se terminara diagnosticando "Problemas de relación **familiares** + Rasgos personalidad cluster B".

8.2. El psicólogo que le trata en DIRECCION002 informa el 13/7/2023 que acude a consulta con regularidad por los problemas emocionales derivados de una fuerte crisis matrimonial, sin que haya constancia de problemas emocionales o psiquiátricos mayores.

8.3. La juez de primera instancia recaba expresamente el dictamen de la psicóloga Guadalupe sobre la personalidad de la madre, habilidades para el cuidado de otros y su estabilidad emocional entonces y sobre el más adecuado régimen de guarda y comunicación o estancia de los padres con los menores. Sus conclusiones son literalmente incorporadas en la sentencia recurrida. En definitiva, la perito psicóloga informa de que no presenta un trastorno mental definido que afecte a su capacidad para cuidar de sus hijos, tiene una personalidad estructurada y una estabilidad emocional general que se han visto afectadas por situaciones concretas de estrés y vulnerabilidad, como lo es el presente proceso judicial. En juicio se ratifica y advierte de que las reacciones previas desproporcionadas -que llevaron, entre otras, a sus ingresos- se asocian a la ruptura matrimonial, de suerte que de mantenerse la situación actual y superados los factores de estrés no es fácil advertir recaídas. Son los menores, además, quienes no transmiten ninguna preocupación por el comportamiento de sus padres, como advierte el resultado del test CUIDA sobre la presencia de un vínculo sano y estable de los menores. En la misma línea, la testifical de Adela, empleada de hogar, no permite advertir déficit alguno de los padres en las labores de cuidado de sus hijos.

8.4. La perito reseña el método científico seguido para su dictamen y la justificación de la metodología empleada -entrevistas, aplicación del STAI, prueba de la personalidad PAI y de capacidad de cuidado CUIDA y estudio de los autos-.

El recurrente indica que la madre era tratada, como se constató en los primeros ingresos, con sertralina; sin embargo, no explica en qué manera la administración entonces de este principio activo -también antidepresivo- influye en la actualidad en el cuidado de sus hijos.

También cuestiona que la perito psicóloga Sra. Guadalupe no haya unido el informe del psicólogo de DIRECCION002 al suyo, pero olvida que estaba aportado al proceso y la perito indicó que para la emisión de su informe había estudiado los autos.

Y, por último, que no haya contactado con los psiquiatras que en su día trataron a la madre. No obstante, su parecer se asienta en la metodología señalada y por ella utilizada con arreglo a su razón de ciencia, pues la juez nada le ha indicado, aunque conoce los informes psiquiátricos aportados. Como todo dictamen pericial (art. 335 LEC) no es de ineludible vinculación para el juez, consecuencia propia de la regla según la cual los dictámenes periciales se valorarán según las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC).

No obstante, por ser la única prueba científica de carácter objetivo o ajena a la complacencia de las partes que estudia la realidad puntual de los padres e hijos en el instante previo a la sentencia de primera instancia, va a constituir una prueba relevante de la oportunidad de la guarda y custodia, por no apreciarse riesgo para los menores y por su normalidad deseable cuando no acontezcan elementos que permitan considerar que su establecimiento perjudicará su interés, cuyo deseo -el de los menores, que prefieren la custodia compartida- no se ha discutido.

8.5. En definitiva, no existe ningún dato o indicio que permita sostener, con las pruebas practicadas y con la suficiente seguridad, que los progenitores no tengan la capacidad parental adecuada -la psicóloga Angelica informa de forma favorable sobre la capacidad del padre- para ejercer la custodia compartida, con su propio esfuerzo y con el apoyo externo que puedan recibir, aunque hasta ahora el peso mayor de la crianza durante la época de convivencia haya residido ciertamente en la madre.

Se confirma por tanto la medida de guarda y custodia por periodos, aunque resulta menos habitual, de quince días, con el fin de no alterar más que en lo necesario el régimen establecido en la sentencia de primera instancia.

9. Por las graves dificultades del periodo final de convivencia y la conflictividad latente que evidencia el proceso judicial -como ponen de manifiesto los propios argumentos de las partes-, la relación y comunicación de los progenitores no aconseja en este momento, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar, que el periodo de convivencia del padre se vea interrumpido por la estancia de los menores con su madre todos los días entre semana de 17 a 20 horas. El padre se compromete en el recurso a acompañar a sus hijos a las actividades extraescolares y ocuparse de sus tareas, por lo que deberá adaptar su horario laboral a las exigencias socio-educativas de sus hijos que, en cualquier caso, tienen suficiente edad para trasladarse por sus medios cuando las actividades (formativas, deportivas o de ocio) se realicen con la intervención de terceros.



En consecuencia, se estima en parte el recurso y se deja sin efecto el párrafo cuarto del apartado B.- del fallo de la sentencia.

TERCERO: Atribución del domicilio familiar.

1. A la falta de reconocimiento legal en el Código Civil se une la posición contraria de la jurisprudencia, a salvo de circunstancias excepcionales que aquí no concurren, para la atribución alterna de la **vivienda familiar** bajo la modalidad conocida como "**casa-nido**".

La STS nº 1312/2024, de 14 de octubre recopila la doctrina previa de la Sala sobre el particular, señalando que *"En los casos en los que se ha planteado, la sala ha descartado que a falta de acuerdo entre los progenitores, y sin existir circunstancias que lo justifiquen, proceda adoptar el sistema de la «casa nido», esto es, que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma.*

Así, la sentencia 343/2018, de 7 de junio ,confirmó la sentencia en la que, por razones semejantes, estableció que el sistema inicialmente puesto en marcha por los padres cuando se separaron de que los niños permanecieran en el que fue hogar familiar (que era común) y los padres entraran alternamente por semanas debía mantenerse solo hasta la liquidación de los gananciales, y no hasta que el hijo más pequeño alcanzase la mayoría de edad. Considera la sala que, en este caso, la Audiencia ha ponderado adecuadamente el interés de los menores así como las tensiones que podrían producirse en su perjuicio por una excesiva prolongación de la situación de uso alterno de la vivienda y la conveniencia, por ello, de facilitar el tránsito a dos viviendas.

La sentencia 215/2019, de 5 de abril ,se tiene en cuenta que no existe acuerdo y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 CC).

La sentencia 15/2020, de 16 de enero ,en el caso que juzga, considera «que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores».

De manera parecida se pronuncia la sentencia 438/2021, de 22 junio ,en la que se dice que no «tiene sentido la petición concerniente al uso mensual alternativo, modelo de casa nido, que implicaría contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, por ello se descarta en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio ; 215/2019, de 5 de abril ; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio ».

Finalmente, la sentencia 870/2021, de 20 de diciembre ,insiste en que la fijación de un sistema de «vivienda nido» requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia.

2. La sentencia recurrida, tras revocar la custodia exclusiva de la madre y la asignación de la vivienda al hijo y a la madre fijadas por el juzgado, acuerda la custodia compartida y en relación con la vivienda familiar, sin ponderar las circunstancias del caso, declara que a falta de acuerdo entre las partes, el menor permanecerá en la casa con cada progenitor durante el tiempo que le corresponda la custodia, que se establece por semana con cada uno de ellos.

En el caso no existe acuerdo entre los progenitores para adoptar el sistema de casa nido (ni siquiera fue solicitado por ninguno de ellos) y, además, está constatada la mala relación entre los progenitores.

Por ello, de acuerdo con la doctrina de la sala y con el criterio del Ministerio fiscal, estimamos el primer motivo del recurso de casación y casamos parcialmente la sentencia, pues para acordar un sistema de casa-nido es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento para planificar la organización, no debiendo acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de los progenitores se opone, pues si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores".

2. La misma STS nº 1312/2024, de 14 de octubre, por remisión a la STS nº 138/2023, de 31 de enero, que se resume la doctrina de la Sala en los siguientes términos

"De acuerdo con la jurisprudencia, no procede la aplicación del criterio del art. 96 CC que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores, porque en el caso de custodia compartida los dos progenitores son custodios.



Descartada la aplicación del art. 96.I CC, la solución tampoco se encontraba en lo dispuesto en el art. 96.III CC, que contemplaba la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que el precepto no ponderaba sus hipotéticos intereses.

A la hora de buscar una solución al problema, la sala ha venido entendiendo que la regulación más próxima se encontraba en el art. 96.II CC, que se refería a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres, es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en la del otro (en la actualidad, párrafo 4 del art. 96.1 CC, tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio).

Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre; 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas). Es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que proporciona una pauta valorativa cuando establece que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo al titular de la jurisdicción el mandato de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en juego.

La falta de concreción de criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia a fijar los elementos que se deben valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad. Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe prestar especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres; en segundo lugar, a si la **vivienda** que constituye el domicilio **familiar** es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio entre otras).

3. En el caso, como hemos indicado, ni concurren circunstancias excepcionales para atribuir el **uso** del domicilio **familiar** bajo el régimen de "**casa-nido**", ni existen motivos para que la atribución lo sea a persona distinta de su titular, el padre recurrente.

Es cierto que los menores expresan su deseo o preferencia en su audiencia judicial: la custodia compartida permaneciendo en el domicilio **familiar**.

El art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, nos recuerda la reciente STC 5/2023, de 20 de febrero, configura el interés del menor como principio primordial en cuantas "acciones y decisiones" le afecten. Por lo que debe interpretarse y aplicarse "en cada caso", "atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto"(art. 2.2) y tomando en consideración "los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior"[art. 2.2 b)].

La decisión no es fácil. Fundamentalmente por no poder complacer el deseo de los menores en atención a los antecedentes de derecho señalados que llevan a la imposibilidad de reconocer como adecuada en el caso la atribución alterna en el **uso** de la **vivienda familiar**.

El tribunal estima, como argumento añadido, que resulta ya necesario dotar, en la medida de lo posible, de estabilidad al nuevo estado de las relaciones **familiares**, pues no dentro de mucho (Edmundo, en unos meses; Carlos Daniel, en menos de tres años) alcanzarán los menores la mayoría de edad y se extinguirá la patria potestad y la guarda y custodia parental, pero también la oportunidad ordinaria de vincular el **uso** de la **vivienda** al margen de su propiedad. Y esta última circunstancia nos parece particularmente relevante.

El recurso, en este punto, también se estima.

CUARTO: Pensión alimenticia.

1. Sabemos que, de acuerdo a los arts. 93, 110 y 111, los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos, deber que radica precisamente en la relación de filiación (art. 39.3 CE) y que conlleva una amplia asistencia que engloba o se extiende a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (arts. 10 CE y 154.2 CC).

Además, el juicio debido sobre la cuantía de los alimentos debe respetar las reglas del art. 146 CC: la debida proporción entre el caudal o los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe.

2. No aprecia el tribunal que la juez de instancia haya errado en la determinación de las circunstancias de cada progenitor o de sus hijos, que se asientan sobre los siguientes hechos esenciales y que servirán tanto para la fijación debida de los alimentos como la pensión compensatoria.



El matrimonio ha vivido en la **vivienda** propiedad privativa del esposo y en la actualidad la esposa comparte piso por el que satisface 450 euros mensuales (el esposo, al fijarse en la instancia el **uso** alternativo de la **vivienda**, ha alquilado un piso por el que satisface 800 euros mensuales).

La esposa ha obtenido el grado en óptica y ha cursado másteres y cursos especializados en materias propias de la salud, pero no ha trabajado -salvo unos meses en el año 2006- desde que prácticamente contrajo matrimonio, por lo que durante veinte años se ha dedicado al cuidado del hogar y de la familia, siendo auxiliada por una empleada de hogar, en su día interna, después externa. Previamente consta que trabajó, lo que hace un total de vida laboral de 8 años, 5 meses y 23 días de alta. No consta que tenga en la actualidad ningún recurso económico más allá de ser titular de un plan de pensiones con derechos por importe de 52.000 euros, rescatable con su jubilación.

Los recursos económicos de la familia proceden del esposo, administrador único y titular de una sociedad - DIRECCION003 .- de naturaleza patrimonial -su objeto principal es la tenencia de bienes inmuebles y su alquiler- y de origen **familiar** -el recurrente es hijo único- que comparte con su padre (el esposo, con el 64,14% de las participaciones sociales; su padre, con el resto) y que cuenta con un activo superior a los 17 millones de euros y un resultado de cuentas y ganancias en el ejercicio 2021 de 423.597,16 euros.

El esposo es titular de una inversión en productos financieros en el extranjero por importe de 459.623,36 euros. Los hijos son titulares por donación de su padre -que los administra- de productos financieros por importe aproximado de 300.000 euros.

El esposo declaró unos rendimientos del capital mobiliario y de trabajo que obtuvo en el ejercicio 2021 de 157.358,61 euros y de 122.612 euros en el año 2022, si bien es cierto que soportó unas retenciones por importe de 34.055,42 euros en el año 2021 y de 33.566,58 euros en el año 2022.

El régimen económico del matrimonio es el de la separación de bienes.

3. Con los anteriores datos, el juicio de proporción debido debe atender a tres circunstancias fundamentales: el caudal y medios del esposo, es decir, su patrimonio y capacidad de generación de ingresos de todo orden, única fuente de recursos para el levantamiento económico de las cargas **familiares**; la necesidad de que la esposa pueda procurarse una **vivienda** apta para satisfacer sus necesidades y las de sus hijos para que permanezcan con ella durante el periodo de custodia compartida; y, en fin, el importe que habrá que determinar de la pensión compensatoria.

4. La Sala estima apropiado reconocerle la cantidad, dada la absoluta desproporción existente, de 1.800 euros de pensión alimenticia, además de la contribución exclusiva del esposo al abono de los gastos extraordinarios, entre los cuales se van a seguir integrando los gastos de todo orden relativos a la educación o formación de los hijos, como ha dispuesto la juez de instancia. No obstante, no se incluirán, por la propia lógica de esta resolución, ni los gastos de consumo de la **vivienda** que fue **familiar** -que necesariamente habrá de abonar su titular- ni los de la empleada de hogar.

QUINTO: Cuantía y duración de la pensión compensatoria.

1. La parte recurrente no cuestiona el derecho a la percepción de una pensión compensatoria, sino su importe y duración indefinida. Postula el reconocimiento de una pensión mensual de 1.000 euros durante diez años.

2. La temporalidad de la pensión busca colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, razón por la cual para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción concurren factores numerosos, destacando los que enumera el art. 97 CC.

Como es reiterada la jurisprudencia, estos factores o circunstancias tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión (STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008]). Y también operan estos factores para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la consideración de que va a ser factible la superación del desequilibrio.

En definitiva, como explica la STS nº 418/2020, de 13 de julio, citando las números 120/2020, de 20 de febrero y 245/2020, de 3 junio, el juicio de prospección respecto de la extensión temporal de la pensión compensatoria debe realizarse con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad.



3. Ni podemos estimar, por la edad de la madre y por el tiempo de desocupación laboral -en julio cumplirá 53 años, aunque se haya formado durante el tiempo del matrimonio-, que pueda formularse un pronóstico prudente y favorable de acceso a un empleo, ni menos consideramos que sea fácil que supere la actual situación de desequilibrio con el empleo o ocupación que obtenga, confirmando con ello el razonamiento ponderado de la juez de instancia.

No estimamos adecuado que en la ponderación de la cuantía, como parece pretender el recurrente, se valore que durante el matrimonio contaron con una empleada de hogar, pues la dedicación de la madre no es discutible, aun más cuando no ha formulado reclamación alguna con fundamento en el art. 1438 CC.

Consideramos por tanto, por todas las circunstancias relatadas, que el reconocimiento de la cantidad de 2.500 euros de pensión compensatoria es adecuada.

SEXO: Costas procesales.

La estimación parcial del recurso y la afectación al interés de los menores hace inapropiado imponer las costas procesales, de acuerdo a los arts. arts. 394 y 398 de la LEC.

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

FALLAMOS

1º.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Alvaro , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Santander de 29 de julio de 2024, que se confirma con las excepciones que se indican en los apartados excepción indicada en el apartado siguiente.

2º.- Se suprimen los párrafos segundo, tercero y cuarto del apartado B.

3º.- Se modifica el párrafo segundo del apartado D y se reconoce a la madre una pensión alimenticia, con efectos desde la presente resolución, de 1.800 euros, manteniendo el resto del contenido del apartado.

4º.- Se suprime el apartado III.

5º.- No se imponen las costas procesales del recurso de apelación.

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

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

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

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervinientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.