



Roj: **SAP C 3202/2016** - ECLI: **ES:APC:2016:3202**

Id Cendoj: **15030370032016100433**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **26/12/2016**

Nº de Recurso: **361/2016**

Nº de Resolución: **441/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00441/2016

S E N T E N C I A

Número 00441/2016

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María José Pérez Pena

Don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a 26 de diciembre de 2016.

Visto por la **Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, el presente recurso de **apelación** tramitado bajo el **número 361-2016**, interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2016 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000, en los autos de **procedimiento de modificación de medidas paterno filiales** que se tramitaron ante dicho Juzgado bajo el número 639-2014, siendo parte:

Como **apelante**, el demandante DON Jose María, mayor de edad, vecino de DIRECCION001 (A Coruña), con domicilio en la CALLE000, NUM000 - NUM001, provisto del documento nacional de identidad número NUM002, representado por la procuradora doña María-Amparo Acebedo Conde, y dirigido por el abogado don Rafael Díaz Fernández.

Como **apelada impugnante**, la demandada **DOÑA Amalia**, mayor de edad, cuya vecindad y domicilio actual no consta, provista del documento nacional de identidad número NUM003, representada por la procuradora doña María del Carmen Vidal Castiñeira, bajo la dirección de la abogada doña María dels Angels Ragolta Palet.

Con la preceptiva intervención del **MINISTERIO FISCAL**.

Versa la apelación sobre modificación de la guarda y custodia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 4 de marzo de 2016, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas presentada por D. Jose María representado por la procuradora Sra. Acebedo Conde contra DÑA. Amalia representada por la procuradora Sra. Vidal Castiñeira en el sentido de establecer un régimen de guarda y custodia compartida de ambos menores que se desarrollara en la vivienda sita**



en CALLE000 , n° NUM000 , NUM001 , de DIRECCION001 y en la que residirán los progenitores en semanas alternas, asumiendo D. Jose María todos los gastos de mantenimiento y suministro de la misma. El sustento de los menores correrá a cargo del progenitor que los tenga en su compañía la semana que les corresponda y los gastos extraordinarios serán por mitad. Si fuere interés de un hijo o de ambos, podrán permanecer un día desde la salida del colegio -a su elección entre lunes y jueves- hasta las 20:30 horas del siguiente con el progenitor en cuya compañía no se encuentren esa concreta semana.

Notifíquese a las partes con advertencia de que no es firme y de que contra la misma cabe recurso.

Así lo acuerdo, mando y firmo».

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por don Jose María , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por el Ministerio Fiscal escrito apoyando el recurso y solicitando su estimación. Por la representación de doña Amalia se presentó escrito de oposición al recurso e impugnación de la sentencia. Se dio traslado de la impugnación al apelante.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 14 de junio de 2016, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 6 de julio de 2016, siendo turnadas a esta Sección Tercera el mismo día, registrándose con el número 361-2016. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 29 de julio de 2016 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña María-Amparo Acebedo Conde en nombre y representación de don Jose María , en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña María del Carmen Vidal Castiñeira, en nombre y representación de doña Amalia , en calidad de apelada impugnante. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 18 de octubre de 2016 se señaló para votación y fallo el pasado día 19 de diciembre de 2016, en que tuvo lugar.

SEXTO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Durante más de 15 años don Jose María y doña Amalia mantuvieron una convivencia *more uxorio* . Tienen dos hijos: Marcial , nacido en NUM004 de 2000, y Olegario , nacido en NUM005 de 2004.

Por lo que se da a entender, al inicio de su relación fijaron su domicilio en DIRECCION002 (Girona) -donde reside la familia de doña Amalia -, y allí nació el hijo mayor. Posteriormente se trasladaron a la zona de DIRECCION000 (A Coruña) -donde se halla la familia de don Jose María -, donde alumbraron el hijo menor.

En 22 de diciembre de 2004 ambos adquirieron en proindivisión y por iguales partes una vivienda en la población de DIRECCION001 (A Coruña), donde fijaron su domicilio familiar. Está gravada con hipoteca en garantía de un préstamo para su construcción, en el que se subrogaron los adquirentes, abonando una cuota mensual de unos 370 euros.

Don Jose María trabaja para la Administración, con jornada a turnos, percibiendo un sueldo neto de 1638 euros mensuales en el ejercicio fiscal 2014, una vez prorrateadas las pagas extraordinarias.

2º.- Producida la ruptura de la pareja, el 21 de enero de 2013 se dictó sentencia en el procedimiento de medidas paterno filiales tramitado de común acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 , aprobándose el convenio regulador presentado. En éste, en lo que aquí resulta relevante, se acordaba:



- (a) Atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar a doña Amalia .
- (b) Los hijos quedarían bajo la guarda y custodia de la madre.
- (c) Un régimen de visitas para el supuesto de que madre e hijos siguiesen residiendo en Galicia, y otro si se desplazaban definitivamente a otra Comunidad Autónoma.
- (d) Fijar los alimentos en 500 euros mensuales que abonaría don Jose María , y gastos extraordinarios por mitad.
- (e) Y determinados acuerdos sobre la liquidación de los bienes adquiridos en común.

3º.- En julio de 2013 doña Amalia , como no tenía familia alguna en la zona de DIRECCION000 , decide marcharse a DIRECCION002 (Girona) -de donde era originaria- junto con sus dos hijos. Alojándose en casa de sus padres, donde también vivía un hermano suyo. Don Jose María se muda a la casa de DIRECCION001 .

4º.- Los menores no se adaptaban bien al nuevo entorno, especialmente el mayor. Cuando vuelven a DIRECCION001 para pasar con su padre las Navidades de 2013, le plantean que quieren quedarse con él.

En julio de 2014, al venir Marcial y Olegario a pasar las vacaciones de verano a DIRECCION001 con su padre, los progenitores acordaron que el mayor se quedaría aquí, aceptando doña Amalia autorizar el cambio de padrón municipal y facilitando la documentación para el traslado del expediente académico. Olegario retornaría a DIRECCION002 con su madre (Esta es la versión que facilita don Jose María en su demanda, coincidente con lo afirmado por doña Amalia . Demanda que se justifica porque el padre quiere tener «también» la custodia de Olegario , pues ya tenía *de facto* la de Marcial . Sin embargo, en el acto del juicio don Jose María declaró que los dos menores se quedaron con él, y ya no volvieron a DIRECCION002 . La declaración en el juicio de doña Amalia es contradictoria, pues primero afirma que «es cierto, que los niños ya no volvieron» -en plural-, pero después se refiere exclusivamente a Marcial . En la impugnación de la sentencia que formula doña Amalia , vendría a reconocer que los hijos estuvieron con el padre durante cinco meses, desde septiembre de 2014 a febrero de 2015, tal y como él declaró en el juicio, contradiciendo su demanda).

5º.- El 31 de julio de 2014 don Jose María formuló demanda solicitando la modificación de las medidas reguladoras de las relaciones paterno filiales, acordadas en el convenio suscrito en el año 2012, exponiendo su versión de lo acaecido, que Marcial estaba residiendo con él, y manifestando el deseo de que el hijo Olegario también se quedase bajo su guarda y custodia (Pretensión que -como se dijo- contradice lo afirmado en el acto del juicio por el demandante, en el sentido que ambos estaban con él desde julio de 2014, y ambos matriculados en un colegio público de DIRECCION000 desde septiembre de 2014). Terminaba solicitando se le atribuyese la guarda y custodia de los dos menores, así como el uso del domicilio familiar, con régimen de visitas para la madre y la obligación de ésta de abonar alimentos.

Se suspendió la tramitación del procedimiento a petición de don Jose María , supuestamente por estar en vías de transacción.

6º.- El 3 de febrero de 2015 doña Amalia regresa a la zona de DIRECCION000 , porque -según afirma- quería estar con su hijo Marcial , y no deseaba separar a los hermanos (lo que implica sostener que hasta ese momento los hermanos no vivían juntos). Como carecía aquí de familia, domicilio y trabajo, se aloja junto con sus dos hijos en casa de los padres de don Jose María . Éste sigue residiendo solo en el piso de DIRECCION001 .

A finales de dicho mes, doña Amalia encontró trabajo como auxiliar de clínica en una consulta de odontología, percibiendo un sueldo de 813 euros mensuales según la nómina de abril de 2015. En el acto del juicio manifestó que percibía en ese momento 858 euros al mes.

7º.- Tras alzarse la suspensión del procedimiento, en 23 de junio de 2015 doña Amalia se opuso a la demanda porque la situación actual era la misma que cuando se había firmado el convenio regulador de las relaciones, pues ella había regresado a Galicia, ella vivía con sus dos hijos, quienes cursaban estudios en un centro público próximo al domicilio (debe entenderse que el «domicilio» es el de los padres de don Jose María). Terminaba suplicando la desestimación de la demanda.

8º.- Convocadas las partes a juicio, celebrado el 16 de febrero de 2016, por la representación de don Jose María se plantea que, dada la alteración de circunstancias desde que se formuló la demanda -porque doña Amalia reside ahora en la zona de DIRECCION000 -, solicita que se le atribuya la guarda y custodia de Marcial con régimen de visitas estándar para la madre, y se establezca una guarda compartida en turno semanal en cuanto al hijo Olegario , adjudicándose al padre el uso del domicilio familiar, y unos alimentos. Pretensión a la que se opuso la demandada, insistiendo en que no había alteración de circunstancias, y que los niños residían en aquel momento con la madre.



En la prueba de interrogatorio se puso de manifiesto que desde febrero de 2015 en que doña Amalia y su hijo Olegario volvieron a DIRECCION000 , ambos menores - Marcial y Olegario - viven con su madre en compañía de los padres de don Jose María , en la casa de éstos: No pernoctan en DIRECCION001 con su padre salvo en una ocasión concreta (la noche anterior a la celebración del juicio). Doña Amalia los lleva por la mañana al colegio, y comen en casa de sus abuelos paternos, que es donde viven. Don Jose María sostiene que él va a recoger a sus hijos al colegio, los lleva a casa de sus padres, donde come con sus hijos -así como con doña Amalia -, y pasa las tardes con ellos, yendo a su casa en DIRECCION001 exclusivamente a dormir.

Ambos cuentan con una generosa, inestimable e indispensable ayuda de los padres de don Jose María para atender al cuidado y educación de sus hijos.

Los hijos, al ser oídos, manifestaron:

(a) Marcial , de 15 años entonces -hoy 16-, quiere irse a vivir con su padre, porque convivir con su madre es muy difícil, las relaciones con su madre no son buenas, vive con su madre en casa de sus abuelos paternos, yendo a comer su padre, comen todos juntos. Puntualmente duerme con su padre.

(b) Olegario , de 11 años entonces -hoy 12-, manifestó que quería «la custodia compartida», quería estar «unos días con cada uno».

El Ministerio Fiscal solicitó que se adjudicase la guarda y custodia exclusiva de los menores al padre, con visitas a su libre albedrío pero con fijación subsidiaria de un régimen de visitas estándar a favor de la madre para el caso de discrepancias, atribuyendo el uso del domicilio familiar a los menores.

9º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que se acuerda la custodia compartida de ambos menores, que se desarrollará en la vivienda de DIRECCION001 , a donde se desplazarán por semanas alternas los progenitores, asumiendo don Jose María la totalidad de los gastos de mantenimiento y suministros de la vivienda. Pronunciamientos que son recurridos por don Jose María e impugnados por doña Amalia .

A) Recurso de apelación interpuesto por el demandante don Jose María :

TERCERO .- *Incongruencia* .- En el primer motivo del recurso de apelación se muestra la discrepancia con la sentencia apelada porque resuelve un cambio de custodia, pronunciándose sobre cuestiones que nadie interesó.

El motivo debe ser estimado.

1º.- El artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , bajo el título «*Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación*» , preceptúa, en lo que aquí interesa, que «*Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito... El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes...*» .

Tradicionalmente se ha venido estableciendo que una sentencia infringe el deber establecido en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , e incurre en incongruencia cuando concede más de lo pedido («*ultra petita*»), o se pronuncia sobre extremos al margen de lo suplicado por las partes («*extra petita*»), y también cuando deja sin resolver algunas de las pretensiones oportunamente sostenidas («*citra petita*» o incongruencia omisiva), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita [Ts. 1 de julio de 2016 (Roj: STS 3147/2016, recurso 609/2014) , 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2596/2016, recurso 361/2014) , 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5714/2015, recurso 693/2014) , 16 de octubre de 2013 (Roj: STS 4952/2013, recurso 1472/2011) , entre otras] (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial).

El Tribunal Constitucional en sus sentencias números 25/2012 y 96/2012 , reiterando la establecida en sus sentencias números 91/2010 , 165/2008 , 44/2008 , 138/2007 , 144/2007 , 40/2006 , 85/2006 , 4/2006 264/2005 y 52/2005 entre otras, recuerda que "la congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como «*ultra petita*» , «*citra petita*» o «*extra petita partium*» " .



Como tiene reiterado nuestro Tribunal Supremo [Ts. 30 de abril de 2013 (Roj: STS 2910/2013, recurso 906/2010), 29 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7709/2010, recurso 1613/2007), 6 de julio de 2010 (Roj: STS 3814/2010), 28 de mayo de 2009 (RJ Aranzadi 4219), 20 de mayo de 2009 (RJ Aranzadi 2929), 5 de febrero de 2009 (RJ Aranzadi 1366), 19 de junio de 2007 (RJ Aranzadi 3529) y 30 de enero de 2007 (RJ Aranzadi 1303)], el deber de congruencia que pesa sobre las sentencias consiste en *«el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido»*.

2º.- El artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en este tipo de procesos no surte efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. Del artículo 752 de la misma ley procesal se deduce claramente que la conformidad en los hechos tampoco vincula al tribunal. Y el artículo 774.4 de dicho texto legal establece la obligación de fijar las medidas, incluso de oficio, sobre los hijos, vivienda familiar, cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y cautelas o garantías. La sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984 , dictada en un recurso de amparo formulado por el marido que instó un proceso de divorcio, en base a una pretendida incongruencia e indefensión generada porque los órganos judiciales establecieron una pensión a favor de las hijas, cuando él no las solicitó en la demanda, ni la esposa mediante reconvencción (simplemente las solicitó al contestar la demanda), el Tribunal Constitucional rechaza la supuesta incongruencia e indefensión, recordando que *«en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de "ius cogens", precisamente por derivar y ser instrumento al servicio del derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos que pongan fin a la relación conyugal apelando, entonces, a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español»* . La incongruencia no existe cuando la sentencia se pronuncia sobre extremos y materias que, por imperativo legal, el Juzgado ha de introducir de oficio, independientemente de que las partes las soliciten o no. Y en tales supuestos se encuentran los pronunciamientos relativos a los hijos menores de edad, tales como guarda y custodia, ejercicio de la patria potestad, y alimentos para ellos. Postura doctrinal que también mantiene nuestro Tribunal Supremo. Así en la sentencia de la Sala Primera de 2 de diciembre de 1987 (RJ Aranzadi 9174), que tras recordar que en el proceso civil rige, como regla general, el principio de rogación, y la sentencia ha de ser congruente, por afectar a derechos privados en los que impera el principio dispositivo de la parte (como sucede con la pensión compensatoria), también matiza que *«a nada de lo cual se opone que en el proceso matrimonial convivan con este elemento dispositivo otros de ius cogens derivados de la especial naturaleza del derecho de familia [...] (por lo que) el órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado, lo que ocurre en el aspecto puramente económico afectante a los cónyuges y no a los descendientes menores de edad»* , estimando que son cuestiones de *«ius cogens»* las relativas al sostenimiento de la familia, la educación o alimentación de los hijos comunes, y las cargas del matrimonio. En resumen, el principio de *«favor filii»* conlleva una derogación de los principios de rogación (artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de congruencia (artículo 218 del mismo texto legal).

3º.- Ahora bien, el que existan elementos en que el tribunal no está constreñido por los principios de rogación y congruencia, no implica que no existan unos límites en otros aspectos. Ni que la libertad del juzgador llegue a extremos absolutos. El artículo 92 del Código Civil prevé dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: Cuando la pidan conjuntamente ambos padres (apartado 5), y cuando lo solicite un solo progenitor y se considere que es la mejor opción para el interés del menor (apartado 8); sin que actualmente se exija el informe favorable del Ministerio Fiscal (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 185/2012, de 17 de octubre de 2012). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse [Ts. 15 de junio de 2016 (Roj: STS 2877/2016, recurso 1698/2015), 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011) y 19 de abril de 2012 (Roj: STS 2905/2012, recurso 1089/2010)]; pues no es un régimen que pueda imponerse sin previa petición de parte [STC Pleno 185/2012, de 17 de octubre de 2012].

Nadie solicitó la guarda y custodia compartida del hijo mayor Marcial . El padre, don Jose María , en todo momento interesó que se le atribuyese a él en exclusiva -como también apoyó el Ministerio Fiscal-, con un régimen de visitas para la madre. Y ésta, doña Amalia , que se le asignase a ella también exclusivamente. Si no se pidió la custodia compartida de Marcial , no se puede imponer.

4º.- El sistema de custodia compartida «nido» o de «vivienda nido» -que es el instaurado en la sentencia- ha sido ampliamente rechazado por cuanto conlleva un importante desembolso económico, no apto para la mayoría de los ciudadanos. En la práctica supone el uso de tres viviendas (la vivienda nido, y una para cada progenitor), con los gastos de manteniendo de los suministros de las tres (se paga el mínimo por agua, energía eléctrica y gas aunque no se utilicen), impuestos, gastos de comunidad, etcétera. Los padres tienen que realizar una pequeña mudanza cada vez que se rota el turno, para llevarse sus enseres personales. Surgen fricciones: **(a)** Es necesario desalojar armarios, baños, dormitorios, sábanas, toallas, etcétera. **(b)** Hay que limpiar las estancias,



que si uno mancha y otro no. (c) Hay que reponer enseres que rompen o se desgastan por el uso, atender reparaciones ordinarias. (d) Hacer frente a las facturas de consumos, que si usas mucha agua caliente y tienes la calefacción encendida todo el día. (e) Quién repone los víveres no perecederos habituales en todo domicilio, productos de limpieza, etcétera. Es por ello que el sistema ha sido denostado, tanto por el coste económico como por el emocional.

No parece que la capacidad económica de don Jose María y doña Amalia hiciese viable este método de guarda compartida. Ni tampoco parece el ideal en este caso, por el desgaste personal que supondría. En todo caso, no ha sido pedido por nadie, y ambas partes muestran su rechazo.

5º.- Tampoco nadie planteó que don Jose María tuviera que hacerse cargo de la totalidad de los gastos de mantenimiento de la casa de DIRECCION001 , donde se rotaría la permanencia, así como todos sus suministros.

6º.- El artículo 306.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declarare podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas...». La mención «por este orden» no es baladí. Recoge un principio básico del derecho de defensa. El abogado del interrogado (tanto ante la Jurisdicción Civil, como ante la Jurisdicción Penal) es el último que pregunta a su defendido. Después de él nadie más puede preguntar, y él interroga al último con el fin de aclarar o matizar respuestas que haya podido dar a anteriores interrogadores.

7º.- El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, preceptúa que «En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración» . Es una mención que debe figurar en la sentencia.

CUARTO .- *Guarda y custodia* .- En el segundo motivo del recurso versa sobre el sistema de custodia, insistiendo don Jose María en su postura de que se establezca la exclusiva para él en cuanto al hijo mayor, y la compartida en cuanto a Olegario . Subsidiariamente solicita que se acoja la tesis del Ministerio Fiscal, y se le asigne a él la guarda y custodia exclusiva de ambos hijos.

El motivo debe ser estimado en la primera pretensión.

1º.- Para resolver sobre la guarda y custodia de un menor debe atenderse primordialmente al interés de ese menor, tal y como se desprende de lo establecido en los artículos 92 , 68 y 100 del Código Civil , artículos 39 y 120.3 de la Constitución Española , artículos 3.1 , 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 , artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , y artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas", se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo", "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara" [Ts. 13 de abril de 2016 (Roj: STS 1638/2016, recurso 1473/2015) , 29 de marzo de 2016 (Roj: STS 1291/2016, recurso 1159/2015) y 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1164/2016, recurso 1136/2015)].

La Sala Primera del Tribunal Supremo viene estableciendo sistemáticamente que el artículo 92 del Código Civil permite al Juez acordar la guarda compartida cuando, pese a no haber sido solicitada por ambos progenitores, se considere que este sistema protege de forma más eficaz al menor. Normativa que se completa con lo dispuesto en el artículo 91 del mismo Código , al conceder al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1-2 de este texto legal . Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda» [Ts. de 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010) , 10 de enero de 2012 (Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009) . 1 de octubre de 2010 (Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007) y 28 de septiembre de 2009 (Roj: STS 5707/2009, recurso 200/2006)]. En este sentido, la jurisprudencia viene estableciendo que:



(a) La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas. Lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad. Todos los requisitos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes, sin que exista una primacía del sistema de custodia compartida, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior [Ts. 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013), 15 de octubre de 2014 (Roj: STS 3900/2014, recurso 2260/2013), 10 de enero de 2012 (Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009), 22 de julio de 2011 (Roj: STS 4924/2011, recurso 813/2009)]. La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida tampoco está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 de la Constitución Española [Ts. 27 de septiembre de 2011 (Roj: STS 5880/2011, recurso 1467/2008)]. Prevalencia del interés del menor que también reitera el Tribunal Constitucional, sin que por ello no deba también ponderarse el interés de sus padres, que no es desdeñable, pero sí de inferior rango. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente [STC Pleno 185/2012, de 17 de octubre de 2012]. Lo que se pretende con esta medida es asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos [Ts. 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014), 18 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4608/2014, recurso 412/2014)].

(b) El Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que, para determinar la procedencia de una custodia compartida, se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. La guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014), 9 de octubre de 2015 (Roj: STS 4084/2015, recurso 2842/2014), 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3214/2015, recurso 1712/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013), 22 de octubre de 2014 (Roj: STS 4084/2014, recurso 164/2014), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013), 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013), 25 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5710/2013, recurso 2637/2012), 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011), 10 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8030/2012, recurso 2560/2011), 25 de mayo de 2012 (Roj: STS 3793/2012, recurso 1395/2010), 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010), 10 de enero de 2012 (Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009), 3 de octubre de 2011 (Roj: STS 5873/2011, recurso 1965/2009), 7 de julio de 2011 (Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010), 1 de octubre de 2010 (Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007), 11 de marzo de 2010 (Roj: STS 963/2010) y 8 de octubre de 2009 (Roj: STS 5969/2009, recurso 1471/2006)].

(c) Las malas relaciones o conflictividad entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, pues solo serán relevante si afectan negativamente al interés del



menor [Ts. 26 de octubre de 2016 (Roj: STS 4634/2016, recurso 2907/2014), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013), 17 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5966/2013, recurso 2645/2012), 7 de junio de 2013 (Roj: STS 2926/2013, recurso 1128/2012), 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010), 22 de julio de 2011 (Roj: STS 4924/2011, recurso 813/2009)]. Las malas relaciones de los progenitores son, hasta cierto punto, la consecuencia de la ruptura afectiva de la pareja, no pudiendo exigirse que las relaciones sean de armónico diálogo (siempre deseable). Por ello no puede ser causa exclusiva (salvo notoria gravedad) de la negación de un reparto equitativo del tiempo de estancia de los menores [Ts. 4 de marzo de 2016 (Roj: STS 973/2016, recurso 1/2015)]. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo. Si bien la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad [Ts. 21 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4099/2016, recurso 3282/2015), 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2617/2016, recurso 2534/2015), 24 de mayo de 2016 (Roj: STS 2322/2016, recurso 2940/2015), 13 de abril de 2016 (Roj: STS 1638/2016, recurso 1473/2015), 12 de abril de 2016 (Roj: STS 1636/2016, recurso 1225/2015), 19 de febrero de 2016 (Roj: STS 785/2016, recurso 426/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014), 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014), 30 de octubre de 2014 (Roj: STS 4342/2014, recurso 1359/2013)]. Así, por ejemplo las discrepancias en torno al mantenimiento o no del menor en un colegio privado no concertado, con la repercusión económica que ello produciría, suponen una divergencia razonable [Ts. 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014)]. El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. La existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos [Ts. 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015)].

(d) Las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo. La interpretación del artículo 92 del Código Civil 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 concurran alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea [Ts. 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 30 de mayo de 2016 (Roj: STS 2568/2016, recurso 3113/2014), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013), 22 de octubre de 2014 (Roj: STS 4084/2014, recurso 164/2014), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013), 15 de octubre de 2014 (Roj: STS 3900/2014, recurso 2260/2013), 25 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5710/2013, recurso 2637/2012), 25 de mayo de 2012 (Roj: STS 3793/2012, recurso 1395/2010), 7 de julio de 2011 (Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010)].

En este extremo, debe recordarse que la sentencia de 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011) establece que *«Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil 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 concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»*. Doctrina que se reitera en las sentencias de 5 de diciembre de 2016 (Roj: STS 5285/2016, recurso 60/2016), 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2617/2016, recurso 2534/2015), 24 de mayo de 2016 (Roj: STS 2322/2016,



recurso 2940/2015), 20 de abril de 2016 (Roj: STS 1658/2016 , recuso 1645/2015), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1156/2016, recurso 791/2015), 4 de marzo de 2016 (Roj: STS 973/2016, recurso 1/2015), 1 de marzo de 2016 (Roj: STS 797/2016, recurso 611/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 480/2016, recurso 891/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 359/2016, recurso 470/2015), 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014), 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014), 9 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3707/2015, recurso 545/2014), 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3214/2015, recurso 1712/2014), 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3217/2015, recurso 730/2014), 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3207/2015, recurso 530/2014), 26 de junio de 2015 (Roj: STS 2736/2015, recurso 469/2014) (que reitera expresamente la doctrina), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013), 18 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4608/2014, recurso 412/2014), 22 de octubre de 2014 (Roj: STS 4084/2014, recurso 164/2014), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013), 15 de octubre de 2014 (Roj: STS 3900/2014, recurso 2260/2013), 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013), 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4082/2013, recurso 2964/2012), 12 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5824/2013, recurso 774/2012), 17 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5966/2013, recurso 2645/2012), 25 de abril de 2014 (Roj: STS 1699/2014, recurso 2983/2012) y 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013).

(e) Deben rechazarse planteamientos sobre la posible "deslocalización" del menor, respeto a las rutinas y alegatos similares para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos [Ts. 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 7 de julio de 2011 (Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010) y 11 de marzo de 2010 (Roj: STS 963/2010)]. Como recuerda la sentencia de 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011), «no puede aceptarse que sean problemas lo que realmente son las virtudes del régimen de custodia compartida, como son la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución». Y se reitera en las de 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 24 de mayo de 2016 (Roj: STS 2322/2016, recurso 2940/2015), 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, recurso 1099/2015), 29 de marzo de 2016 (Roj: STS 1291/2016, recurso 1159/2015), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1156/2016, recurso 791/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 9 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3707/2015, recurso 545/2014), 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4082/2013, recurso 2964/2012), 25 de abril de 2014 (Roj: STS 1699/2014, recurso 2983/2012), 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013) y 18 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4608/2014, recurso 412/2014) en cuanto se recuerda que lo perseguido es primar «interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Como dicen las sentencias de 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 30 de mayo de 2016 (Roj: STS 2568/2016, recurso 3113/2014), 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, recurso 1099/2015), 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1164/2016, recurso 1136/2015), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1156/2016, recurso 791/2015), 4 de marzo de 2016 (Roj: STS 973/2016, recurso 1/2015), 1 de marzo de 2016 (Roj: STS 797/2016, recurso 611/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 359/2016, recurso 470/2015), 4 de febrero de 2016 (Roj: STS 335/2016, recurso 3045/2014), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014), 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014), 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3207/2015, recurso 530/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014) y 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013), «a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.- b) Se evita el sentimiento de pérdida.- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».

Lo perseguido es primar «interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel» [Ts. 5 de diciembre de 2016 (Roj:



STS 5285/2016, recurso 60/2016), 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 24 de mayo de 2016 (Roj: STS 2322/2016, recurso 2940/2015), 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, recurso 1099/2015), 29 de marzo de 2016 (Roj: STS 1291/2016, recurso 1159/2015), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1156/2016, recurso 791/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 9 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3707/2015, recurso 545/2014), 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4082/2013, recurso 2964/2012), 25 de abril de 2014 (Roj: STS 1699/2014, recurso 2983/2012), 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013) y 18 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4608/2014, recurso 412/2014).

(f) El mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, no impide la adopción del sistema de custodia compartida, ni tampoco que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales, porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente [Ts. 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014) y 29 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5641/2013, recurso 494/2012)]. Ni puede aceptarse que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor [Ts. 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014)]. Tampoco puede aceptarse que la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida [Ts. 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015)].

2º.- A la vista de la prueba obrante en autos, y las propias exposiciones de las partes, se puede establecer:

(a) Ambos progenitores trabajan fuera del hogar, la madre realizando labores de auxiliar en una clínica odontológica, y el padre presta servicios para el Estado, encontrándose ambos preocupados e implicados en la educación y el cuidado de sus hijos.

(b) Los planteamientos educativos verbalizados por uno y otro se definen bajo parámetros normalizados, teniendo ambos capacidad para hacer frente a las exigencias de su realidad más inmediata, así como para dar cobertura a las necesidades de los menores en los distintos niveles.

(c) El hijo menor -11 años entonces- manifestó que le gustaría estar con su padre y con su madre, pasando períodos con ambos. El mayor -16 años en la actualidad- es firme en su decisión de querer estar con su padre, dados los enfrentamientos que parece tener con su madre, reconociendo ésta que sí tiene dicho deseo.

(d) El menor tiene una vinculación sólida y segura con sus padres, principales figuras de identificación emocional para él, con los que mantiene unas pautas de comunicación dinámica, satisfactoria y confiada.

(e) Un elemento a valorar es la edad del hijo, pues no son iguales las necesidades de un bebé que las de un adolescente, ya que a medida que tiene más edad se implica más con su padre y su madre y es más fácil la custodia compartida al tener más autonomía en sus actividades básicas personales en descargo de sus padres (referidas a vestido, aseo, comida, etc.), facilitándose así la correcta ejecución de dicha modalidad de custodia.

(f) Ambos padres están implicados y cumplen de forma adecuada y acertada los deberes para con sus hijos.

(g) Ambos progenitores viven en la zona de Ferrolterra, contando con el apoyo de la familia paterna.

(h) No existe entre los progenitores una relación conflictiva relevante. Antes al contrario. Llama la atención sobremanera que, pese a la parquedad y contradicciones de los escritos aportados, en el acto del juicio se revelara sorpresivamente que doña Amalia vivía con los padres de don Jose María , y éste iba allí al mediodía, comiendo todos juntos. Aunque don Jose María se refirió a una situación «insana», no natural, y que en algunas ocasiones surgían conflictos, desde luego pone en evidencia una capacidad de convivencia que supera lo habitual. Y una generosidad de espíritu y material de los abuelos paternos digna de todo encomio.

3º.- Todo lo anterior conduce a que debe establecerse la custodia exclusiva de don Jose María sobre su hijo Marcial . En primer lugar porque nadie ha pedido la compartida. En segundo, porque en los tiempos actuales hablar de una custodia sobre un hijo de 16 años es indudablemente problemático para los padres. Suele ser una etapa difícil educacionalmente. Y no parece que pudiera imponerse una guarda contra su frontal voluntad. Como mucho podrá modularse, preferentemente con la finalidad de que no pierda los lazos maternos, y que con el tiempo pueda reforzarlos. Es por ello que, pese a los deseos de doña Amalia , debe otorgarse al padre la custodia sobre este hijo, al menos en la situación actual.



En cuanto al menor, Olegario , sí debe acordarse la custodia compartida, en cuando debe considerarse el régimen normal en la actualidad, no existiendo obstáculo alguno para optar por este sistema. Su edad lo hace en estos momentos más vulnerable, y precisa más intensamente disponer de los dos referentes paternos, tener el apoyo, ayuda y cuidados de ambas figuras paternas. Y así lo verbaliza. Por otra parte, esa edad también hace que sea mucho más fácil el desarrollo del sistema.

QUINTO .- *El uso de la vivienda* .- La variación en la custodia de los hijos menores de edad conlleva la obligada necesidad de atribuir el uso de la vivienda habitual.

1º.- La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011 (Roj: STS 2053/2011, recurso 1456/2008) establece como doctrina jurisprudencial que *«la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil»* . Resolución que claramente establece que el artículo 96.1 del Código Civil no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de los bienes que constituyen la vivienda, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio. La ley atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges; norma que no puede ser limitada en forma alguna, ni siquiera temporalmente. Doctrina del Pleno que se establece con carácter jurisprudencial, y que se ha sido reiterada en las sentencias de 14 de abril de 2011 (Roj: STS 2672/2011, recurso 2176/2008), 30 de septiembre de 2011 (resolución 642/2011 , en el recurso 1819/2010), 26 de abril de 2012 (Roj: STS 2907/2012, recurso 2033/2010), 21 de mayo de 2012 (Roj: STS 3059/2012, recurso 1067/2011) y 13 de julio de 2012 (Roj: STS 5674/2012, recurso 1148/2010), 17 de octubre de 2013 (Roj: STS 5003/2013, recurso 3144/2012), 29 de mayo de 2014 (Roj: STS 3153/2014, recurso 1178/2013), 2 de junio de 2014 (Roj: STS 2133/2014, recurso 3291/2012), 28 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4836/2014, recurso 1657/2013), 16 de junio de 2014 (Roj: STS 2258/2014, recurso 594/2012), 18 de mayo de 2015 (Roj: STS 1951/2015, recurso 2302/2013), 25 de abril de 2016 (Roj: STS 1793/2016, recurso 2351/2015), 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1889/2016, recurso 129/2015) y 5 de diciembre de 2016 (Roj: STS 5308/2016, recurso 788/2016), entre otras.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 del Código Civil de Cataluña , que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada [Ts. 5 de diciembre de 2016 (Roj: STS 5308/2016, recurso 788/2016), 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1889/2016, recurso 129/2015), 18 de mayo de 2015 (Roj: STS 1951/2015, recurso 2302/2013) y 16 de enero de 2015 (Roj: STS 190/2015, recurso 2178/2013)].

Al acordarse la custodia compartida se está estableciendo que el menor ya no residirán habitualmente en el domicilio de un progenitor, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única [Ts. 21 de julio de 2016 (Roj: STS 3888/2016, recurso 2187/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3057/2016, recurso 1694/2015). 13 de abril de 2016 (Roj: STS 1638/2016, recurso 1473/2015) y 6 de abril de 2016 (Roj: STS 1424/2016, recurso 1309/2015)].

2º.- Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso, podría plantearse es que la vivienda de DIRECCION001 ya no es la residencia familiar. Doña Amalia y sus hijos la abandonaron para irse a Girona, y posteriormente se alojaron en casa de sus abuelos paternos. Pero ambas partes plantean que es la única residencia familiar, y solicitan la atribución de su uso.

Conforme al artículo 96.1 del Código Civil , ante la falta de acuerdo de los progenitores (ambos quieren la vivienda de DIRECCION001), debe atribuirse el uso del domicilio que fue familiar al hijo menor de edad Carlos José , y por extensión a su padre, en cuanto se hace cargo de su guarda y custodia exclusiva, pasando a segundo plano la atribución que pudiera hacerse por la custodia compartida.



SEXTO .- *Visitas e intercambios* .- Acordada la atribución de la guarda y custodia de Carlos José al padre, deberá establecerse un régimen de visitas para sus relaciones con la madre, en defecto de acuerdo de los progenitores, o de los propios deseos del menor. Ya se ha manifestado que cuando los hijos menores tienen edades de 15, 16 o 17 años, en plena adolescencia, pronunciarse sobre un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio carece de todo sentido práctico. A esas edades el menor visitará al progenitor con el que no convive cuando tenga por conveniente. Es más, sus apetencias personales suelen ser salir con sus amigos los fines de semana, no estar de paseo con su padre o madre. Sus relaciones sociales se modifican profundamente. Es por ello que cuando, en estos casos, se fija un régimen de visitas por una imposición legal formal, más que por dictar una medida efectiva reguladora de las relaciones paterno filiales. Cuestión distinta es si hubiese impedimentos o actuaciones del progenitor custodio que impidiesen esos contactos en ejercicio de la libertad del menor, que tiene su respuesta legal adecuada. Por lo que se fija un régimen estándar con carácter subsidiario a los acuerdos que pudiesen adoptar los progenitores, buscando la convivencia con Carlos José .

En lo referente a Olegario , teniendo en consideración que el cambio de domicilio suele conllevar un pequeño traslado de ropa y material escolar, no siendo conveniente que se efectúe delante de los compañeros de colegio, se llevará a cabo los domingos a las 20 horas, salvo que los padres llegasen a otro convenio más acomodado a sus intereses.

Las vacaciones de Navidad y Semana Santa ya se distribuyen por sí mismas en cuanto a Olegario . Nunca coinciden en la misma semana la Nochebuena y Fin de Año. Y Semana Santa será aleatoria. Lo que sí debe establecerse en cuanto a Carlos José , a fin de que pase esas fechas con el mismo progenitor que su hermano.

En época estival se regulan dos turnos de quince días seguidos, a fin de que puedan estar períodos más prolongados, y no meras visitas semanales. Todo ello, se reitera, sin perjuicio de que los progenitores puedan llegar a acuerdo que más se amolden a sus intereses, como pudiera ser por querer hacer viajes a DIRECCION002 , acomodarlos al período de vacaciones propias, o apetencias similares.

SÉPTIMO .- *Los alimentos* .- Deben establecerse las distintas obligaciones alimenticias, teniendo en consideración la diferente situación de los menores.

1º.- La expresión pensión alimenticia se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, tal y como establece el artículo 142 del Código Civil cuando se refiere a la obligación de prestarse alimentos entre parientes.

Así, el artículo 93 dispone que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y a las necesidades de los hijos en cada momento. El artículo 142 dice que son alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluidas la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Y el artículo 143 impone a los ascendientes y descendientes la obligación recíproca de darse alimentos en toda la extensión anterior. Los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a los mayores que no pueden mantenerse por sí mismos [Ts. 2 de junio de 2015 (Roj: STS 2383/2015, recurso 2408/2014)].

Estas disposiciones legales serían suficientes para que los padres contribuyeran al pago de lo necesario para la alimentación y educación de sus hijos. Sin embargo, cuando nos referimos a alimentos a favor de hijos menores de edad, el tratamiento jurídico no es el general previsto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil . La obligación para con los hijos menores de edad tiene un plus añadido derivado de la patria potestad, que se incardina en la relación paterno filial conforme a lo establecido en el artículo 154 del Código Civil . Comprende el deber de alimentar a los hijos, educarlos y procurarles una formación integral. Y el artículo 110 establece la misma obligación aunque no se ostente la patria potestad.

La obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 de la Constitución Española , y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico; y tratándose de menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención [Ts. 21 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5106/2016, recurso 2998/2015), 12 de febrero de 2015 (Roj: STS 439/2015, recurso 2899/2013)]. La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los progenitores, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil , de



«las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» [Ts. 14 de octubre de 2014 (Roj: STS 3877/2014, recurso 660/2013)]. Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de la naturaleza de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias, como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 15 de octubre de 2014 (Roj: STS 4438/2014, recurso 1983/2013), 26 de octubre de 2011 (resolución 721/2011 , en el recurso 926/2010), 14 de junio de 2011 (Roj: STS 3591/2011, recurso 1027/2009), 3 de octubre de 2008 (RJ Aranzadi 7123), 16 de julio de 2002 (RJ Aranzadi 6246) y 5 de octubre de 1993 (RJ Aranzadi 7464)]; debiendo tenerse presente el mandato constitucional previsto en el artículo 39.3 de la Constitución Española (sentencia del Tribunal Constitucional 57/2005). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento [Ts. 25 de abril de 2016 (Roj: STS 1796/2016, recurso 1691/2015), 2 de diciembre de 2015 (Roj: STS 4925/2015, recurso 1738/2014), 10 de julio de 2015 (Roj: STS 3157/2015, recurso 682/2014), 2 de marzo de 2015 (Roj: STS 568/2015, recurso 735/2014), 12 de febrero de 2015 (Roj: STS 439/2015, recurso 2899/2013)].

2º.- El régimen de custodia compartida no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. De ahí que los pronunciamientos no sean uniformes aunque el régimen aplicable sea el de custodia compartida [Ts. 21 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4100/2016, recurso 3391/2015), 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 4 de marzo de 2016 (Roj: STS 973/2016, recurso 1/2015) y 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 359/2016, recurso 470/2015)].

3º.- Aplicando dicha doctrina al presente caso:

(a) Doña Amalia deberá contribuir a los alimentos de su hijo Carlos José con la cantidad mensual de cincuenta euros. Si bien inicialmente la cuantía no guarda relación con lo que habitualmente se establece en supuestos similares, se pondera que en este caso ella también facilita el alojamiento del menor, al ceder el uso de la vivienda familiar, por lo que precisa buscar alojamiento. La desproporción de ingresos con lo percibido por don Jose María es del 100%. Además debe atender al otro hijo cuando lo tenga bajo su guarda.

(b) Si bien cada progenitor dará directamente los alimentos diarios al hijo Olegario cuando lo tenga en su compañía, deberá establecerse un fondo común que administrará doña Amalia , para atender a las demás necesidades del menor, entendiéndose por tales los gastos de escolarización, libros, ropa, sanitarios no cubiertos por el sistema público de sanidad, y demás gastos ordinarios distintos de los puramente alimenticios. A este fondo contribuirá don Jose María con la cantidad mensual de cien euros, y doña Amalia con otros cincuenta euros, que se abonarán por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que doña Amalia designe. Doña Amalia deberá rendir cuentas a don Jose María al menos una vez al año, con aportación de los justificantes de los gastos realizados.

OCTAVO .- *Costas* .- Al estimarse el recurso en la forma en que se hace, no procede imponer las costas ocasionadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NOVENO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

B) Impugnación deducida por la demandada doña Amalia :

DÉCIMO .- *La no alteración de circunstancias* .- En el entremezclado alegato de la impugnación, sin solución de continuidad se alude a las más variadas cuestiones, lo que impide una ordenada y cómoda solución. Tal y como se plantea el discurso, al margen de una muestra genérica de disconformidad, no llega a saberse cuáles son los motivos exactos -con efectiva trascendencia jurídica- por los que se impugna la sentencia. Parece que el primero se referiría a la falta de alteración de circunstancias, porque doña Amalia ha regresado a Galicia y vive con sus hijos, por lo que la situación es la misma que cuando se otorgó el cuaderno regulador de las relaciones paterno filiales.

El motivo no puede ser estimado.



1º.- Cuando se solicita una modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en consideración en el momento de su estipulación (artículos 90.3 y 91 «*in fine*» del Código Civil, así como 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debe tenerse en consideración:

(a) Es preciso hacer un juicio de valor o estudio comparativo entre: **1)** La situación que se tuvo en consideración cuando se adoptó la medida; y **2)** la situación actual sobre los mismos extremos.

(b) Al analizar la situación actual, debe atenderse a que se haya producido una alteración "sustancial". No mínimas modificaciones, como viene siendo habitual plantear, y que obedecen al devenir diario tanto personal como económico, normal y habitual en toda persona.

(c) La variación ha de ser estable. No pueden admitirse alegaciones que son fruto de una coyuntura pasajera.

(d) Debe rechazarse la pretensión cuando la modificación o alteración de circunstancias haya sido provocada voluntariamente o de propósito. Si la alteración, aunque sea sustancial, se ha originado por dolo o culpa de una de las partes, no puede producirse su cambio o modificación, so pena de fraude de ley, abuso del derecho o quebrantamiento de los principios de la buena fe.

Es por ello requisito indispensable que se haya probado un cambio de circunstancias que justifique la modificación de las medidas. Lo que se revisa no es una decisión judicial por el simple hecho de que ha transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que se acordó, sino su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se pactó [Ts. 3 de febrero de 2016 (Roj: STS 331/2016, recurso 1702/2015), 27 de octubre de 2015 (Roj: STS 4438/2015, recurso 2684/2014), 21 de mayo de 2014 (Roj: STS 2259/2014, recurso 1734/2012), 10 de febrero de 2014 (Roj: STS 756/2014, recurso 2680/2012)].

2º.- Es evidente que en este caso sí se ha producido un sustancial cambio de circunstancias:

(a) Doña Amalia se marchó a DIRECCION002 . Aunque en el convenio regulador se preveía la posibilidad de que se mudase fuera de Galicia, lo que no se contemplaba fue un resultado desastroso para los hijos, con una reconocida inadaptación al nuevo entorno.

(b) Los menores vuelven a Galicia, pasando a estar bajo una guarda y custodia real del padre - incuestionablemente auxiliado por sus padres, abuelos de los niños-, quedándose doña Amalia en Girona.

(c) Don Jose María pasa a ocupar la vivienda de DIRECCION001 , tal y como se había previsto en el convenio, dada la marcha de doña Amalia .

En consecuencia, cuando se presentó la demanda habían variado las circunstancias, y mucho.

El que posteriormente regrese doña Amalia a DIRECCION000 no implica que la situación vuelva a ser la anterior a su marcha. Es evidente que el *statu quo* que se tuvo en consideración cuando se otorgó el convenio aprobado judicialmente no es el mismo que el actual. Entre otras razones porque han surgido problemas con Carlos José , que entonces no existían.

UNDÉCIMO .- *Los alimentos y el uso de la vivienda* .- Las demás cuestiones que se plantean, a modo de discrepancias contrarias a la sentencia, tales como el uso de la vivienda, los alimentos, etcétera, varias de los cuales son coincidentes con el apelante, ya han sido resueltos anteriormente, al variarse el sistema de custodia de los menores.

DUODÉCIMO .- *Costas* .- Pese a desestimarse la impugnación, no se hace expresa imposición de costas, de manera excepcional, en atención a que versa sobre guarda de menores.

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** ha decidido:

1º.- Estimar en lo que se infiere el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandante **don Jose María** , contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2016 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 , en los autos del procedimiento de modificación de medidas paterno filiales seguidos con el número 639-2014, y en el que es demandada doña Amalia , con la preceptiva intervención del **Ministerio Fiscal**.

2º.- Desestimar el recurso de apelación deducido en nombre de la demandada doña Amalia contra la mencionada resolución.

3º.- Revocar la sentencia apelada, y en su lugar, estimar la solicitud de modificación de medidas formulada, y establecer que en lo sucesivo las relaciones paterno filiales, salvo que los padres pacten otras más acordes a sus intereses y necesidades, se regirán por las siguientes medidas:



- (a) El hijo Marcial quedará bajo la guarda y custodia de su padre don Jose María .
- (b) El hijo Olegario quedará bajo la guarda y custodia compartida de sus padres don Jose María y doña Amalia , que se desarrollará por períodos semanales, realizándose la alternancia a las 20:00 horas del domingo. El menor será recogido en el domicilio en que resida en ese momento por el progenitor que se va a hacer cargo de su custodia para el turno siguiente.
- (c) Padre y madre seguirán ostentando la patria potestad compartida sobre los menores, por lo que deberán obtener el consentimiento del otro progenitor para cualquier decisión que afecte a los intereses de los menores; y, en su defecto, autorización judicial previa. Se recalca especialmente la necesidad de tal consentimiento para modificar el domicilio habitual, así como para cualquier cambio de centro escolar que no venga impuesto por la culminación de un ciclo lectivo.
- (d) Se atribuye el uso del domicilio familiar, sito en DIRECCION001 (A Coruña), CALLE000 , NUM000 - NUM001 , así como del ajuar doméstico ordinario al hijo común Marcial , y por extensión al progenitor custodio.
- (e) Doña Amalia podrá visitar y tener en su compañía a su hijo Marcial en fines de semana alternos, desde las diecisiete horas del viernes, hasta las veinte horas del domingo. Estas visitas de fin de semana coincidirán con la estancia de su hermano Olegario , a fin de que ambos hijos estén simultáneamente con su madre el fin de semana, y a la inversa con el padre.
- (f) En los meses de julio y agosto se suspende el régimen de fin de semana, así como el sistema de custodia compartida, y ambos hijos menores estarán con su madre doña Amalia desde las 11:00 horas del día 1 de julio hasta las 20:00 horas del día 15 de julio, y desde las 11:00 horas del día 1 de agosto hasta las 20:00 horas del día 15 de agosto, en los años pares; y desde las 11:00 horas del día 16 de julio hasta las 20:00 horas del día 31 de julio, y desde las 11:00 horas del día 16 de agosto hasta las 20:00 horas del día 31 de agosto, en los años impares; disfrutando el padre don Jose María de los períodos alternos.

En Semana Santa, Marcial estará desde las 20:00 horas del Domingo de Ramos hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección con el progenitor que esa semana tenga el turno de estancia de su hermano Olegario . En Navidad, Marcial pasará también esas fechas en el mismo turno que su hermano Olegario , haciendo el intercambio conjuntamente.

(g) Doña Amalia deberá abonar a don Jose María , en concepto de alimentos para su hijo común Marcial , la cantidad de cincuenta euros al mes (50,00 €/mes), por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que don Jose María designe. Este importe será revisado en el mes de Enero de cada año, en proporción directa a la variación del Índice de Precios al Consumo experimentada en la anualidad anterior. La primera actualización se efectuará con efectos de primero de enero del año 2018.

Igualmente deberá contribuir en el cincuenta por ciento de los importes correspondientes a gastos extraordinarios necesarios para la atención y cuidados a Marcial . Cuando se prevea la necesidad de realizar un desembolso por un gasto de este tipo, don Jose María deberá anticipar a doña Amalia la necesidad de realizar el gasto y su presupuesto (salvo casos de urgencia). Si no se obtuviese la conformidad explícita, deberá acudir al Juzgado, para que se dictamine sobre carácter extraordinario del gasto, y en su caso la obligación de los progenitores de sufragarlo.

(h) Si bien cada progenitor dará directamente los alimentos diarios al hijo Olegario cuando lo tenga en su compañía, deberá establecerse un fondo común que administrará doña Amalia , para atender a las demás necesidades del menor, entendiéndose por tales los gastos de escolarización, libros, ropa, sanitarios no cubiertos por el sistema público de sanidad, y demás gastos ordinarios distintos de los puramente alimenticios. A este fondo contribuirá don Jose María con la cantidad mensual de cien euros, y doña Amalia con otros cincuenta euros, que se abonarán por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que doña Amalia designe. Doña Amalia deberá rendir cuentas a don Jose María al menos una vez al año, con aportación de los justificantes de los gastos realizados. Estas cantidades serán revisadas en el mes de Enero de cada año, en proporción directa a la variación del Índice de Precios al Consumo experimentada en la anualidad anterior.

Igualmente, ambos deberán contribuir en el cincuenta por ciento de los importes correspondientes a gastos extraordinarios necesarios para la atención y cuidados a Olegario . Cuando se prevea la necesidad de realizar un desembolso por un gasto de este tipo, deberá anticiparse al otro progenitor la necesidad de realizar el gasto y su presupuesto (salvo casos de urgencia). Si no se obtuviese la conformidad explícita, deberá acudir al Juzgado, para que se dictamine sobre carácter extraordinario del gasto, y en su caso la obligación de soportarlo.



En lo restante se mantienen las medidas pactadas en el convenio aprobado por la sentencia dictada el 21 de enero de 2013, en el procedimiento tramitado bajo el número 758/2012 ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 .

Sin imponer las costas ocasionadas en la primera instancia.

4º.- No imponer las costas devengadas en la segunda instancia.

5º.- Acordar la devolución del depósito constituido por don Jose María para apelar. Procédase por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora que lo representa por el importe del depósito constituido.

6º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la materia, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0361 16 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0361 16 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

7º.- Firme que sea la presente resolución, librese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 , con devolución de los autos.

Así se acuerda y firma.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-