



Roj: **SAP SO 147/2017 - ECLI:ES:APSO:2017:147**

Id Cendoj: **42173370012017100147**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **97/2017**

Nº de Resolución: **97/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL SANCHEZ SISCART**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Soria, núm 3,  
SAP SO 147/2017**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SORIA**

**SENTENCIA: 00097/2017**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA**

N10250

AGUIRRE, 3

Tfno.: 975.21.16.78 Fax: 975.22.66.02

MLG

**N.I.G. 42173 41 1 2016 0001309**

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000097 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de SORIA

**Procedimiento de origen:** DIVORCIO CONTENCIOSO 0000335 /2016

Recurrente: MINISTERIO FISCAL, Horacio , Noemi

Procurador: ISMAEL PEREZ Y MARCO, MARTA ANDRES GONZALEZ

Abogado: LETICIA MARTINEZ CUESTA, MARTA UTRILLA GARCIA

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**SENTENCIA CIVIL Nº 97/2017**

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D. José Luis Rodriguez Greciano

D. Rafael Fernández Martínez (Suplente)



=====

En Soria, a siete de julio de dos mil diecisiete.

Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Divorcio Contencioso Nº 335/2016, contra la sentencia dictada por el JDO. de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandante D<sup>a</sup>. Noemi , representada por la Procuradora Sra. Andrés González, y asistido por la Letrado Sra. Utrilla García.

Como apelante y demandado D. Horacio , representado por el Procurador Sr. Pérez Marco y asistido por la Letrado Sra. Martínez Cuesta.

Se adhiere al recurso el MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así:

Acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio formado por los cónyuges D<sup>a</sup>. Noemi y D. Horacio , con todos los efectos legales inherentes y, en especial, los siguientes:

1<sup>a</sup>.-

1.- La atribución de una guarda y custodia compartida por ambos progenitores sobre los hijos menores en común, Carlos Miguel Y Elvira , ejerciendo también conjuntamente ambos progenitores la patria potestad. La guarda y custodia compartida se distribuirá en semanas alternas (desde el lunes a la salida del colegio hasta el siguiente lunes a la salida del colegio), con visitas frecuentes entre semana con el otro progenitor de acuerdo con la disponibilidad socio-laboral de Dña. Noemi y D. Horacio .

2.- En concepto de alimentos para los hijos menores, ambos progenitores deberán abrir una cuenta corriente para cada uno de ellos en la que, por cada hijo, el padre ingrese 100 euros y la madre 50 euros. Ello se hará dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades. Dicha cantidad se actualizará el primero de enero de cada año en base al I.P.C. Publicado por el I.N.E. u organismo que lo sustituya.

3.- Asimismo, ambos progenitores contribuirán con el pago de la mitad de los gastos extraordinarios respecto de los menores.

4.- D. Horacio deberá abonar a D<sup>a</sup>. Noemi una pensión compensatoria de 150 euros mensuales durante tres años.

6.- Se atribuye a D<sup>a</sup>. Noemi el uso del domicilio familiar.

2<sup>a</sup>.- Queda disuelto el régimen económico matrimonial, pudiendo los cónyuges llevar a cabo su liquidación de mutuo acuerdo o a través del proceso legalmente establecido.

3<sup>a</sup>.- No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas del procedimiento.

Comuníquese esta sentencia, una vez sea firme, al Registro Civil de donde consta inscrito el matrimonio de los cónyuges, para su anotación marginal.

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandante y demandada, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil Nº 97/2017, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para dictar sentencia.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Sanchez Siscart.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia decreta los efectos inherentes a la disolución por divorcio del matrimonio formado por los ahora recurrentes en grado de apelación.

La parte actora aduce falta de motivación en relación con el establecimiento del régimen de custodia compartida, y sostiene la procedencia de acordar un régimen de custodia monoparental con amplio régimen de visitas a favor del padre, fijando una pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de los hijos por



importe de 570 euros mensuales, y una pensión compensatoria a favor de la recurrente por importe de 300 euros mensuales durante 10 años, todo ello en base a los argumentos que con posterioridad analizaremos de forma separada.

Por su parte, el demandado solicita se deje sin efecto la pensión compensatoria acordada en la sentencia de instancia, y en relación con la atribución del domicilio familiar considera adecuado que los menores no salgan del domicilio familiar sino que sean los progenitores los que se trasladen por semanas a fin de dar cumplimiento al régimen de custodia compartida, o subsidiariamente, se establezca una limitación temporal a dicha atribución de uso hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

El Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora en relación con el régimen de guarda y custodia, y en ese caso, con la fijación de pensión compensatoria que solicita la parte actora (sic).

**SEGUNDO** .- Con carácter previo debemos desestimar la aducida falta de motivación en la sentencia recurrida, que esgrime la madre en su recurso, en relación con el establecimiento del régimen de custodia compartida, en lugar del régimen de custodia monoparental, que pretende la recurrente.

En realidad no existe tal falta de motivación, y para ello nos remitimos al F.J. 2º de la sentencia recurrida en el que el Juzgador explica las razones por las que acuerda el régimen de custodia compartida. Cuestión distinta es el acierto o no en la adopción de la medida teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, lo que no es propio de la alegación previa que se plantea, sino precisamente del fondo del recurso. La apreciación de tal falta de motivación conduciría, en buena lógica, a la nulidad de la resolución recurrida, lo que no es pretendido por la recurrente, mientras que la estimación de los motivos fondo conduciría a la revocación de la sentencia en este aspecto, que es lo que al parecer pretende la recurrente, a la vista del suplico del recurso.

La tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, dice la sentencia 662/2012, de 12 de noviembre, «incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE ), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión ( SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo )».

De este modo, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla» ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 736/2013, de 3 de diciembre ).

La sentencia que se recurre exterioriza las razones que conducen al fallo, es decir, justifica las razones por las que establece un régimen de guarda y custodia compartida, al margen de acierto o no en la adopción de la medida, lo que no afecta al derecho de tutela judicial efectiva, sino en su caso al fondo del asunto.

**TERCERO** .- En segundo lugar, se cuestiona por la madre recurrente la concurrencia de los requisitos jurisprudenciales exigidos para la constitución de un régimen de guarda y custodia compartida.

En este aspecto debemos señalar que la doctrina jurisprudencial viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida ( SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 ; 9 de marzo de 2016; 433/2016, de 27 de junio). Lo que se pretende con esta medida es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo 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» ( sentencias 757/2013, 29 de noviembre ; 761/2013, 12 de diciembre ; 616/2014, 18 de noviembre ; 390/2015, 26 de junio ).

Es precisamente el interés del menor el que debe prevalecer en esta materia, incluso sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores, y así lo viene a expresar la SSTS de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 1467/2008 ) en los siguientes términos:



«La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no 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 art. 39.2 CE , cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011 , 578/2011 y 469/2011 , entre las más recientes».

Así, la sentencia de 8 de octubre de 2008 afirmaba que «el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor». El interés del menor debe de prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

En este sentido, la SSTS de 12 de abril de 2016, rec. 1225 de 2015 , establece:

« La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea» ( STS 25 de abril 2014 ).

Sentado que el sistema de custodia compartida es el sistema deseable, debemos concretar si en el caso de autos es el conveniente, a la vista de las circunstancias concretas concurrentes.

La recurrente aduce que no concurren los requisitos necesarios dado que no hay conformidad de la madre ni del Ministerio Fiscal con la medida custodia compartida, aunque el Ministerio Fiscal ha indicado que podría ser beneficiosa más adelante. Considera que es la madre quien se ha dedicado de forma más intensa al cuidado de los hijos, y que incluso solicitó una excedencia para atenderlos. Sostiene que no existe respeto ni acuerdo en cuanto a la educación de los hijos y que sería necesario un marco de entendimiento y de flexibilidad que hoy es inexistente. Expone que han sido obviados por el Equipo Técnico la disponibilidad horaria de los progenitores, cuestionando la que afirma el padre o el apoyo familiar, y lo cuestiona porque, a juicio de la recurrente, el informe carece de objetividad. Añade que en el modelo de convivencia existente antes de la ruptura patrimonial ha sido la madre quien se ha encargado de los menores, ocupando el padre un papel secundario, y que no se han tomado en cuenta otros aspectos de la prueba practicada como, por ejemplo, la mejoría experimentada por los menores desde septiembre 2016, es decir, desde que están bajo la custodia exclusiva materna, o la manifestación de los menores de encontrarse cómodos con la situación familiar actual.

Dichas alegaciones no consiguen rebatir el acertado criterio que, a nuestro juicio, se expone en la sentencia de instancia, en base al Informe del Equipo Técnico practicado tras la entrevista individual de ambos progenitores, así como de los menores Carlos Miguel y Elvira , y la coordinación con el Centro Escolar de los menores.

Dichos informes resultan analíticos y detallados, concluyendo la idoneidad de ambos progenitores para ejercer la guarda y custodia de los menores, considerando que pese a ciertas discrepancias en materia educativa, los modelos de crianza son compatibles. Ambos progenitores aparecen corresponsables de la función parental, implicándose de forma activa en la atención y cuidados desde la separación. Dichos informes concluyen que



la opción más favorable para los menores, a tenor de la observación y entrevistas realizadas, es el régimen de custodia compartida, sin perjuicio de la necesidad de superar las dificultades o retos que puedan ir surgiendo, proponiendo un modelo de custodia compartida con distribución por semanas alternas, con visitas frecuentes entre semana con el otro progenitor.

Aunque no exista el acuerdo sobre el modelo de custodia compartida, es el interés de los menores el que debe primar por encima de las preferencias de uno u otro progenitor. Es decir, no basta la negativa de uno u otro progenitor para excluir la procedencia de dicho modelo. Las bondades del sistema de custodia compartida ya han sido expuestas en términos objetivos, y adaptándolas al presente caso, no se observa la concurrencia de circunstancias relevantes que aconsejen en el caso concreto el establecimiento de un régimen distinto. Pese a la existencia de desacuerdos, se aprecia un nivel un adecuado vínculo afectivo con ambas figuras parentales, de tal modo que la negativa de uno de los progenitores no puede erigirse motivo de rechazo del régimen de custodia compartida, que en atención a la edad de los menores y las circunstancias que se extraen de las entrevistas realizadas que constan en el Informe del Equipo Técnico, se estima también como el más adecuado.

El hecho de que la madre se haya ocupado con anterioridad en mayor medida de los menores, incluso solicitase la excedencia para el cuidado de los hijos, son cuestiones que atienden al pasado, mientras que los informes del Equipo Técnico, con objetividad y rigor, atienden a las necesidades futuras de los menores.

Precisamente el menor Carlos Miguel manifiesta su deseo de pasar más tiempo en compañía de su padre, y que se encontraba cómodo con la distribución temporal de semanas alternas con cada progenitor que establecieron en periodo estival. Expresa una adecuada vinculación con ambos progenitores y aporta una visión positiva de ambos. Por su parte la menor Elvira también expresa una vinculación positiva con ambos progenitores, así como similar cuidado afectivo por parte de ambos. Ambos ponen de manifiesto un conflicto de lealtades ante la elección de sus progenitores.

También debemos destacar que ambos menores, se integraron en el Colegio Virgen de DIRECCION000 , tras cursar Educación Infantil en centros Waldorf, y en ese momento presentaban ciertas deficiencias que precisaron refuerzo educativo, y que han progresado adecuadamente. Fue la madre quien, tras iniciar estudios del sistema educativo Walford, decidió trasladar a sus hijos a Zaragoza durante el curso 2014/15, y al año siguiente los matriculó en DIRECCION001 , en una escuela que mantenía un sistema educativo libre, lo que obligaba a un desplazamiento diario de los menores unos 100 kilómetros. La evolución actual de los menores, no obstante, es adecuada, tras los refuerzos educativos que han resultado necesarios.

Los informes del centro escolar ponen de manifiesto que los dos progenitores han acudido en repetidas ocasiones tanto a las reuniones como a las tutorías, interesándose ambos por la evolución académica como por su adaptación y relaciones con sus compañeros, colaborando ambos en el plan de lectura conjunto casa-escuela (folios 12 y 13).

Como dato a destacar también consta que la menor, con casi 6 años de edad, aún duerme con la madre.

Tampoco es óbice que en el auto de medidas provisionales se haya acordado un régimen de custodia a favor de la madre con un amplio régimen de visitas. Que haya funcionado correctamente la custodia a favor de la madre no significa que ello desaconseje la custodia compartida, máxime cuando se acordó en la instancia un amplio sistema de visitas, lo que favorece la instauración del sistema de custodia compartida.

Para ello no empece la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. 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 ( STS de 16 de octubre de 2014, Rc. 683/2013 ). Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio , y 409/2015, de 17 de julio . Sin embargo, tal situación, pese a la tesis que sostiene la recurrente, no es la que se ha objetivado en el presente supuesto, en la medida en la que los hijos han quedado preservados del conflicto interparental.

Por todo ello, la Sala considera que la decisión adoptada en la instancia resulta correcta, cumpliéndose forma adecuada los presupuestos para el establecimiento del régimen de custodia compartida, todo ello en beneficio de los menores y de su desarrollo psicoevolutivo.

**CUARTO** .- En relación con la pensión compensatoria, la sentencia de instancia fija en favor de la madre la cantidad de 150 ? mensuales, durante tres años, considerando que este plazo es prudencial para que acceda de forma plena al mercado laboral, dada su formación previa y la que acredita estar recibiendo con tres desplazamientos semanales a una localidad de otra comunidad autónoma. En dicho cálculo el Juzgador toma en cuenta que la madre cobra una prestación mensual de 426 ? , que es una mujer joven con aptitud y condiciones para trabajar en el municipio de su residencia, con amplia oferta laboral, y también en atención a



la duración del matrimonio y la dedicación pasada a la familia. Por otro lado, toma en cuenta que el padre es administrador único de una empresa que tiene 14 empleados y es propietaria de 12 vehículos.

Frente a dicha decisión la parte actora reitera ante esta alzada su petición de pensión compensatoria por importe de 300 ? mensuales, durante 10 años, y el padre solicita se elimine la pensión compensatoria dado que la madre reconoció que si no trabajaba era por decisión propia, optando por continuar su actividad formativa, que cuenta además con 10.000 ? procedente de un fondo de inversiones, y que trabaja en un bar los sábados por la noche, siendo su intención poner un negocio de centro de estética en su domicilio este mismo año, una vez acabados los estudios de estética de este curso.

El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero : la pensión compensatoria -declara- pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación.

En este sentido, debe también precisarse que la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges ( SSTS de 10 de febrero de 2005 , 5 de noviembre de 2008 , 10 de marzo de 2009 y 4 de diciembre de 2012 ), pues no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por la situación de matrimonio.

De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

- a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
- b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- b) Cual es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Esta doctrina se ha aplicado en sentencias posteriores (856/2011, de 24 noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección I, 24-11-2011 (rec. 567/2010 720/2011 , 19 de octubre , 719/2012 , 16 de noviembre , 335/2012 , 17 de mayo 2013 , 499/2013 16 julio , 20 de noviembre de 2013 .

A fin de determinar, en su caso, el carácter temporal o indefinido, debemos atender, entre otras, a las circunstancias en que se encuentra el beneficiario de la medida y las posibilidades que se le presentan -atendida su edad, formación y disponibilidad para el trabajo- para poder reequilibrar su situación económica respecto del impacto que la ruptura conyugal le haya podido suponer. Esta es la línea seguida por diversas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo, entre ellas y como más reciente, la núm. 304/2016, de 11 mayo .

Aunque la parte actora solicita la fijación de un importe mensual de 300 euros, durante 10 años, en realidad el motivo de apelación no contiene ningún argumento que lo desarrolle, no correspondiendo a esta Sala reconstruir -de oficio- la queja de la recurrente. Al respecto observamos que los parámetros empleados por el Juzgador y la cantidad mensual en que ha quedado fijada resultan razonables y proporcionados.

En el presente caso, admite la propia apelante que desde el año 2011 se apartó del mundo laboral, dado que los ingresos del demandado eran suficientes para el sustento de toda la familia. Hasta ese momento tenía acreditados más de 14 años de prestación de trabajos, según consta en su hoja de vida laboral. En atención a dicho periodo, a pesar de haber estado durante 6 años apartada del mundo laboral, se estima prudencialmente que en el futuro podrá regular su situación laboral y económica de modo que quede extinguido el desequilibrio



económico que lógicamente le ha producido la ruptura matrimonial, así como la duración del matrimonio y la dedicación pasada al cuidado de sus dos hijos.

En esta tesitura, la Sala considera procedente reducir la duración temporal de la pensión compensatoria, ante las posibilidades de acceso al mercado laboral, fijando un importe de 150 ? mensuales durante 12 meses.

**QUINTO** .- En relación con la pensión de alimentos a favor de los hijos la madre solicita una pensión alimenticia a favor de los hijos y a cargo del demandado por importe de 570 ? mensuales.

En este aspecto la sentencia de instancia acuerda que ambos progenitores deberán abrir una cuenta corriente para cada uno de los hijos en la que, por cada uno de ellos, el padre ingrese 100 ? y la madre 50 ?.

En primer lugar, debemos aclarar que el régimen de custodia compartida no implica necesariamente la supresión de la pensión de alimentos, sino que habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No cabe eximir 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 ( SSTS 390/2015, del 26 junio ; 658/2015, de 17 noviembre y 33/2016, de 4 febrero ).

En base a dichas consideraciones, la fijación de la prestación de alimentos a cargo de ambos progenitores, tras haberse constituido el régimen de custodia compartida, resulta proporcional y razonable, en atención a los ingresos y medios económicos actuales del padre y de la madre.

**SEXTO** .- Por último solicita el demandado se deje sin efecto la atribución del uso del domicilio familiar a la madre. En este sentido la sentencia establece que el domicilio familiar se atribuye a la madre al considerar que no existe contienda en este aspecto.

Frente a ello el recurrente considera que lo adecuado es que los menores no salgan del domicilio familiar sino que sean los progenitores los que se trasladen por semanas para dar cumplimiento a la custodia compartida. En segundo lugar solicita, de forma subsidiaria, se establezca una limitación temporal a dicha atribución de uso hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Frente a ello, la parte actora considera que, atendido el suplico de la contestación de la demanda, constituiría una cuestión nueva y una modificación de los términos de debate, que no cabe en el presente momento procesal.

A efecto de resolver la controversia, consideramos que, efectivamente, la pretensión de que los hijos permanezcan en el domicilio familiar y que sean los progenitores los que se trasladen cada semana, resulta novedosa y supone una mutación de los términos del debate. No sucede lo mismo, en relación con el alcance temporal de la atribución del domicilio familiar, efecto que, en alguna medida, viene predeterminado por el régimen de custodia acordado, y que, por tanto, puede ser modalizado en el aspecto temporal inherente a cualquier atribución de uso del domicilio familiar, contando además con la aquiescencia del demandado expuesta en el suplico de la contestación en cuanto a su atribución a la madre.

En este sentido, tomando como referencia la doctrina establecida por las recientes SSTS de 12/05/2017 y 23/01/2017 , con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril , que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores, debemos recordar que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar ( STS de 24 de octubre de 2014 ) para adaptarla al régimen de custodia compartida, a diferencia de lo que sucede en diversas legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

De ahí que la Sala 1ª del Tribunal Supremo haya establecido que ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC , que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remite al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres ( STS de 24 de octubre de 2014 ). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente ( STS de 15 de marzo de 2013 ) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC , se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio.

Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar, tras acordar la custodia compartida, la jurisprudencia viene considerando que en estos casos los hijos menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de



la vivienda familiar, indefinida, a los hijos menores y al padre o madre que con el convivan, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil , aplicado analógicamente, consideramos que en el presente supuesto la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años.

Tras lo cual quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales ( STS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016 entre otras), siempre y cuando se demuestre que dicho bien ostente carácter ganancial, aspecto sobre el que no nos corresponde pronunciarnos en este momento.

Por todo ello, debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte actora, y estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación del demandado, sin realizar especial imposición de costas dada la naturaleza del procedimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

**LA SALA ACUERDA** : DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Noemi y estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Horacio , y en su virtud, en el punto 4 del fallo se establece un límite de 12 mensualidades, y en el punto 6 se establece un límite temporal de 3 años, confirmando los restantes pronunciamientos, sin realizar especial imposición de las costas causadas en esta instancia.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, devuélvase a la representación de D. Horacio el depósito en su día constituido para recurrir, y se decreta la pérdida del depósito ingresado por la representación de D<sup>a</sup>. Noemi , y procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.