

Roj: **STS 474/2017 - ECLI:ES:TS:2017:474**Id Cendoj: **28079110012017100085**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/02/2017**Nº de Recurso: **2930/2015**Nº de Resolución: **110/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 762/2014, de la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 64/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Coslada; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Miguel Ángel, representado por la procuradora Dña. Ana María López Reyes, bajo la dirección letrada de D. Andrés Díaz Barbero, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. José Constantino Calvo-Villamañán Ruiz, designado del turno de oficio, en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Ángeles representado por la procuradora Dña. María del Carmen Sánchez Muñoz bajo la dirección letrada de D. David Santiago Doral.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Miguel Ángel, representado por el procurador D. Armando Muñoz Miguel y asistido del letrado D. César Sánchez Sánchez, ambos profesionales designados del turno de oficio, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra Dña. Ángeles y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«En la que estimando la presente:

a) Se decrete el divorcio de los cónyuges.

b) Se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores de edad de forma compartida a ambos cónyuges y por períodos alternos de dos meses naturales a cada uno de los progenitores, en cuyo período los niños pernoctarán en tal domicilio familiar con el progenitor custodio, debiendo en consecuencia el no custodio abandonar tal domicilio en los períodos indicados. El cambio de cónyuge custodio se efectuará a las 21:00 horas del último día natural del segundo mes.

c) La patria potestad permanecerá compartida entre los padres.

d) Régimen de visitas: Se establezca a favor del cónyuge no custodio el siguiente régimen de visitas.

- Fines de semana alternos: El cónyuge no custodio podrá tener a sus hijos en fines de semana alternos desde las 17:00 horas del viernes a la salida del colegio hasta las 21:00 horas del domingo en que los entregará en el domicilio familiar.

- Vacaciones de Verano: Las vacaciones de verano comprenderán los meses de julio y agosto, y se distribuirán en cuatro quincenas de forma que el primer período de las mismas se corresponderá con la primera quincena de julio y la primera quincena de agosto, y el segundo período de tales vacaciones se corresponderá con la segunda quincena de julio y la segunda quincena de agosto.



Las vacaciones de verano se repartirán por mitad. El primer período corresponderá en años pares al padre, y en impares a la madre, y el segundo período corresponderá en años pares a la madre, y en impares al padre.

Durante el período de vacaciones de verano, las visitas intersemanales quedarán suspendidas.

- Vacaciones de Semana Santa: Permanecerán los menores íntegramente con el padre o la madre, correspondiendo los años impares a la madre y los pares al padre.

- Vacaciones de Navidad: Las vacaciones de Navidad se repartirán por mitad. De esta forma, los hijos pasarán con cada uno de sus progenitores uno de los dos períodos que se establecen a continuación: el primero el que transcurre desde el inicio de vacaciones escolares hasta al día 30 de diciembre, y el segundo período desde el día 30 de diciembre hasta el día de comienzo de las clases escolares.

El primer período corresponderá en años pares al padre, y en impares a la madre, y el segundo período corresponderá en años pares a la madre, y en impares al padre.

El progenitor en cuya compañía vayan a pasar los menores el primer período vacacional deberá recogerlos del colegio a la hora de la salida, debiendo una vez transcurra el mismo entregarlos en el domicilio familiar o en el domicilio que indique el otro progenitor a las 19:00 horas del día 30 de diciembre. Transcurrido el segundo período el progenitor en cuya compañía se encuentren deberá llevarlos al colegio el día de inicio del curso escolar.

- Durante los períodos vacacionales, las visitas de fin de semana quedarán suspendidas.

- Todas las entregas y recogidas de los menores se realizarán en el domicilio familiar a salvo de las que deban hacerse en el centro escolar.

- Comunicaciones: En todo momento el cónyuge custodio permitirá y facilitará la comunicación epistolar, telegráfica y telefónica del no custodio con sus hijos, siempre que esta última no se produzca, sin causa justificada, fuera de las horas normales para ello.

e) Uso y disfrute del domicilio familiar: Se atribuya la vivienda familiar, sita en la PLAZA000 núm. NUM000 , NUM001 , de Coslada, C.P. 28.821 y el ajuar familiar, de forma alternativa al progenitor que ostente la guarda y custodia de los hijos en ese período. Dicha solicitud se hace con la intención de que los menores no tengan que moverse del domicilio familiar y puedan seguir manteniendo la cotidianidad de sus vidas.

f) No se establece pensión de alimentos.

Dado el especial régimen de guarda y custodia fijado en este caso, el progenitor custodio asumirá los gastos ordinarios derivados del vestido, cuidado y alimentación de los hijos comunes durante el tiempo que asuma su custodia.

Todos los demás gastos, tanto ordinarios como extraordinarios de educación, serán asumidos por mitad entre ambos progenitores.

En el caso de gastos extraordinarios que pudieran producirse en la vida de la hija común, tales como intervenciones quirúrgicas no cubiertas por un seguro médico privado si estuviera vigente o por la seguridad social, ortodoncia, gastos farmacéuticos no ordinarios, campamentos, viajes escolares, excursiones, actividades extraescolares, ampliaciones de horario escolares que sean imprescindibles, formación complementaria que sea imprescindible, etc., ambos progenitores contribuirán por mitad, debiendo notificarse el hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo para su aprobación. En caso de discrepancia se someterán a la decisión judicial.

g) Levantamiento de las cargas familiares. El levantamiento de las cargas familiares, incluido el IBI que grava la vivienda, será satisfechos por ambos cónyuges al 50% hasta el momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales. Ambos cónyuges deberán abonar asimismo al 50% la cuota hipotecaria que grava la vivienda.

h) Pensión compensatoria. No se establece ningún tipo de pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges.

i) Las demás que en derecho fueren pertinentes».

2.- El Ministerio Fiscal se personó, mostrándose parte en el pleito, y contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes solicitando al juzgado:

«Dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

3.- La demandada Dña. Ángeles se personó en las actuaciones y contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. María del Carmen Sánchez Muñoz y bajo la dirección letrada de D.



David Santiago Doral, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que estimando íntegramente la oposición formulada acuerde:

a).- La disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña. Ángeles y D. Miguel Ángel y con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento.

b).- Atribuir en exclusiva la guardia y custodia de los menores a mi representada siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

c).- Atribuir en exclusiva a mi representada el uso de la que fuere vivienda familiar para que viva en ella con sus hijos.

d).- Pensión de alimentos: Fijar la cantidad de 700 euros en concepto de pensión alimenticia a favor de sus hijos (350 euros por cada uno de los hijos) y a cargo del demandado, cantidad que será actualizada cada primero de año natural, y pagadera por mensualidades adelantadas dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que Doña Ángeles designe al efecto. Además, ambos progenitores abonarán el 50% de los gastos extraordinarios, teniendo la consideración de gastos extraordinarios y sin ánimo de ser exhaustivos los siguientes: gastos médicos no cubiertos por el sistema público de salud, gastos odontológicos, gastos oftalmológicos, etc.

e).- Cargas del matrimonio:

- Ambos cónyuges abonarán al 50% el préstamo hipotecario referenciado con núm. NUM002 y que se solicitó en su día por un principal de 102.445'95.

- El actor abonará en exclusiva el 100% del préstamo hipotecario referenciado con núm. NUM003 y que se solicitó en su día por un principal de 42.000 euros, para la adquisición de una maquina para su actividad laboral, todo ello sin perjuicio de los derechos de mi mandante que le corresponderán en la liquidación de gananciales al tener que considerar dicho bien como privativo de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

- Préstamos personales: Cada cónyuge abonará en exclusiva los préstamos personales o de tarjetas de crédito que hayan concertado y de los que no se pueda acreditar su solicitud en beneficio de la sociedad ganancial.

- Impuestos: Cada cónyuge abonará al 50% los impuestos que graven la vivienda común.

f).- Establecer en favor del actor un régimen de visitas lo más amplio posible y como mínimo consistente en:

Régimen de visitas común:

Fines de semana alternos, desde el viernes a las 16.00 horas en el domicilio familiar, hasta los lunes en que los reintegrará en el centro escolar.

Régimen de vacaciones:

Vacaciones de Semana Santa. Se divide dicho período, desde el viernes a la salida del colegio en que se inician dichas vacaciones escolares conforme al calendario escolar vigente en la Comunidad de Madrid hasta el miércoles siguiente a las 19.00 y desde el miércoles a las 19.01 hasta el lunes a la entrada al colegio. A tal efecto se indica que los años pares, corresponderá elegir período vacacional a la madre y los años impares al padre.

Vacaciones de Verano. Se divide dicho período en los meses de julio y agosto, en la forma indicada por el actor, con la cual mostramos conformidad. No obstante lo anterior, no estamos en absoluto de acuerdo en que ambos períodos sean siempre fijos dado que no sabemos como evolucionarán las circunstancias de los padres ni de los menores.

A la vista de lo anterior lo que propone esta parte es que la elección del concreto período que desean corresponda a los padres el año en el que estamos. Esto es, los años pares, corresponderá elegir período vacacional a la madre y los años impares al padre.

Vacaciones de Navidad. Dichas vacaciones serán objeto de división en dos períodos. El primero de ellos comprenderá, desde el día siguiente a la obtención por los menores de las vacaciones escolares y hasta el día 30 de diciembre a las 12.00 horas y, el segundo período desde las 12.01 horas de dicho día hasta el día de la reanudación de las clases escolares de los menores.

Contrariamente a lo indicado por el actor para el régimen de vacaciones de verano, en este régimen y siguiendo las costumbres familiares de ambos progenitores sí que se aconseja que dicho régimen vacacional sea fijo. Esto es, la familia del actor siempre se ha reunido y celebrado la Nochebuena y Navidad y la familia de mi mandante Nochevieja y Año Nuevo.



Por ello, el primer período de disfrute vacacional deberá atribuirse al actor y el segundo a la madre.

Todas las entregas y recogidas de los menores deberán realizarse en el domicilio materno y, en aras a facilitar la organización de las familias y las obligaciones laborales de ambos cónyuges, cada año, el cónyuge al que corresponda elegir período vacacional (Semana Santa y verano), deberá preavisar su período de elección con al menos 30 días de antelación al otro progenitor.

Situaciones especiales:

No obstante lo anteriormente expuesto y la simbología que para todo menor representa, así como para sus progenitores, venimos a proponer las siguientes situaciones especiales que los progenitores deberán respetar:

- Día del Padre y día de la Madre: Con independencia del régimen de visitas existente, el día del Padre y el día de la Madre, los menores lo pasarán con el progenitor que celebre dicha festividad, desde las 10.00 hasta las 19.00, debiendo recogerlo y reintegrarlo al domicilio familiar caso de haber lugar a ello.

- Cumpleaños de los menores: si fuere festivo única y exclusivamente y para no interferir en sus actividades escolares y extraescolares, los menores pasarán medio día con cada uno de los progenitores y en caso de desacuerdo de 12.00 a 16.00 horas con uno y de 16.01 horas a 20.00 horas con el otro, eligiendo en caso de discrepancia de la misma forma que la propuesta para los períodos vacacionales.

- Cumpleaños de los progenitores: si fuere festivo única y exclusivamente y para no interferir en sus actividades escolares y extraescolares, los menores pasarán el día con el progenitor que celebre su aniversario, bien desde las 12.00 a 16.00 horas o desde las 16.00 horas a 20.00 horas, eligiendo el horario que prefiera el familiar al que le corresponda la celebración.

g).- Litis expensas. Fijar la cantidad de 2.500 euros en concepto de litis expensas y a cargo del actor, que deberá ser abonada a la mayor brevedad a mi mandante.

h).- Imponer las costas a la demandada para el supuesto de oponerse a tan justa pretensión».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Coslada se dictó sentencia, con fecha 11 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Que, estimo parcialmente la demanda presentada por el procurador D. Armando Muñoz Miguel, en representación de Miguel Ángel, frente a Ángeles, y, en consecuencia, acuerdo la disolución, por divorcio, del matrimonio formado las partes, con los efectos legales que le son inherentes, disolución del régimen económico matrimonial, y con los siguientes efectos personales y patrimoniales:

»1.º) Ejercicio conjunto por ambos progenitores, de la patria potestad de los hijos comunes, en los términos señalados en el fundamento de derecho segundo.

»2.º) Ejercicio compartido, por ambos progenitores, de la guarda y custodia de los hijos comunes, en el domicilio familiar sito en la PLAZA000 núm. NUM000, NUM001 de Coslada, por períodos semanales alternos, con recogida de los menores, por el progenitor que corresponda, el viernes o último día lectivo de la semana, a la salida del colegio, y reintegro al siguiente viernes o último día lectivo de la semana siguiente, a la hora de entrada al colegio.

»3.º) Régimen de visitas, comunicación y estancias, en defecto de acuerdo:

»Vacaciones de verano, entendiéndose por tales los meses de julio y agosto, se distribuirán en cuatro períodos: el primero desde las 20.00 horas del día 1 de julio hasta las 20.00 horas del 16 de julio, el segundo desde las 20.00 horas del 16 de julio hasta las 20.00 horas del día 31 de julio, el tercero desde las 20.00 horas del día 31 de julio hasta las 20.00 horas del día 15 de agosto, y el cuarto desde las 20.00 horas del 15 de agosto hasta las 20.00 horas del 30 de agosto.

»Los menores permanecerán con cada progenitor, de forma alterna, durante cada uno de estos períodos, y, en caso de desacuerdo, corresponderá elegir los períodos a disfrutar al padre en los años pares y a la madre en los impares.

»Vacaciones de Semana Santa se distribuirán en dos períodos, el primero, desde el último día lectivo, a la salida del colegio de los menores, hasta las 20.00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde las 20.00 horas del Miércoles Santo, hasta la hora de entrada en el colegio el primer día lectivo desde las vacaciones; los menores permanecerán con cada progenitor en uno de estos períodos, y en caso de desacuerdo, corresponderá elegir los períodos a disfrutar al padre en los años pares y a la madre en los impares.



»Vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, el primero desde el último día lectivo, a la salida del colegio, hasta las 20.00 horas del 30 de diciembre, y el segundo desde las 20.00 horas del día 30 de diciembre hasta el primer día de clase, a la hora de entrada al colegio; los menores permanecerán con cada progenitor en uno de estos períodos, y en caso de desacuerdo, corresponderá elegir los períodos a disfrutar al padre en los años pares y a la madre en los impares, con la precisión que más tarde se hará respecto del día de Reyes.

»Situaciones especiales:

»El día de la Madre y el día del cumpleaños de ésta, los menores permanecerán con su madre, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas caso de ser día lectivo, y desde las 10.00 hasta las 20.00 horas caso de no ser lectivo; en caso de no corresponder a la madre ejercer la guarda y custodia en estos días, la madre recogerá a los menores en el colegio, o en el domicilio en el que se encuentren, y los reintegrará en el mismo domicilio.

»El día del Padre y el día del cumpleaños de éste, los menores permanecerán con su padre, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas caso de ser día lectivo, y desde las 10.00 hasta las 20.00 horas caso de no ser lectivo; en caso de no corresponder a la madre ejercer la guarda y custodia en estos días, la madre recogerá a los menores en el colegio, o en el domicilio en el que se encuentren, y los reintegrará en el mismo domicilio.

»El día del cumpleaños de cada uno de los menores, los dos menores permanecerán con el progenitor al que ese día no le corresponda tenerlos en su compañía conforme al régimen ordinario de guarda y custodia o visitas vacacionales, desde las 12.00 a las 16.00 horas caso de ser día lectivo, y desde la salida del colegio hasta las 19.00 horas caso de no ser lectivo; la recogida se producirá en el colegio o en el domicilio en que se encuentren los menores, según corresponda, y el reintegro en el mismo domicilio.

»El día de Reyes los dos menores permanecerán con el progenitor al que ese día no le corresponda tenerlos en su compañía conforme al régimen ordinario de guarda y custodia o visitas vacacionales desde las 17.00 hasta las 20.00 horas, con recogida y reintegro en su domicilio.

»Régimen de comunicaciones: el progenitor que tenga en cada momento en su compañía a los menores, permitirá y facilitará la comunicación con el otro progenitor por cualquier medio, siempre que no se pretenda de forma injustificada, excesiva, o fuera del horario común, en atención a los tiempos de descanso y estudio de los menores.

»4.º) Atribución del uso y disfrute del domicilio familiar:

»Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos menores comunes, Marcelino y Maximino , y al progenitor que los tenga en su compañía en cada momento, que permanecerá en el mismo durante los períodos en que le corresponda tener a los menores en su compañía, en cumplimiento del régimen de guarda o el de visitas, con las excepciones señaladas respecto de situaciones especiales.

»5.º) Contribución de los progenitores a los alimentos de los hijos comunes:

»Cada progenitor se ocupará de los gastos ordinarios de alimentación de los menores mientras los tenga en su compañía.

»Ambos progenitores contribuirán al 50% a otros gastos ordinarios de los menores, relativos a su educación, vestido, material escolar, y actividades extraescolares que realicen de forma periódica de común acuerdo entre ambos progenitores, mediante aportación, en cuenta bancaria destinada a tal fin de 60.-? mensuales cada progenitor, debiendo justificar el progenitor que realice el gasto en cada momento, su necesidad e importe.

»Ambos progenitores contribuirán por mitad al pago de los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose por tales, en defecto de acuerdo, que se presenten de manera esporádica y que previsiblemente no vayan a repetirse o aún cuando sí se reitere su frecuencia o presentación resulten de todo punto imprevisibles, considerando en todo caso como tales los gastos médicos, farmacéuticos, de óptica o similares, y tratamientos dentales, no cubiertos por seguro público o privado y actividades extraescolares esporádicas o de pago no periódico, (excursiones o visitas, y otras actividades puntuales) debiendo ambos progenitores, salvo supuestos de urgencia, ponerse de acuerdo en cuanto a la necesidad de realizar esos gastos, y en todo caso comunicar al otro progenitor antes de realizar el gasto la necesidad y el importe aproximado.

»6.º) Contribución a otras cargas de la sociedad de gananciales:

»Ambas partes contribuirán por mitad a los gastos de suministro del domicilio familiar, al pago de las cuotas del préstamo hipotecario o renta pactada por el uso de la citada vivienda en caso de dación de pago u otro acuerdo alcanzado con la entidad bancaria acreedora, así como el importe del IBI, u otros tributos o tasas que graven la vivienda, en su caso seguro del hogar, y cuotas ordinarias y extraordinarias de la comunidad de propietarios, así como el importe de tributos o tasas que graven otros bienes comunes, como los vehículos.



»Ambas partes contribuirán por mitad al pago de las cuotas del préstamo personal núm. NUM003 .

»7.º) No ha lugar a fijar cantidad alguna en concepto de litis expensas.

»8.º) Sin condena en costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 22 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

Que estimando en gran parte el recurso de apelación interpuesto por Dña. Ángeles , representada por la procuradora Dña. María del Carmen Sánchez Muñoz, contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada , dictada en el proceso de divorcio núm. 64/2013, seguido con D. Miguel Ángel , representado por el procurador D. José Constantino Calvo-Villamañán Ruiz; debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de declarar no haber lugar a establecer en el caso la guarda y custodia compartida pretendida al no concurrir los requisitos del art. 92 del CC según Ley 15/2005, de 8 de julio; procede, en cambio, otorgar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre en exclusiva; manteniéndose la patria potestad compartida entre las partes; como régimen de visitas para que el padre pueda relacionarse con sus hijos se establece el de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, o, en otro caso desde las 17 horas hasta el lunes que los reintegrará en el colegio; o, en otro caso entregas y recogidas de los hijos en el domicilio donde residan los hijos con su madre; manteniéndose lo dispuesto en la sentencia recurrida en cuanto a las situaciones especiales y vacaciones; finalmente, se fija la cuantía de la pensión de alimentos en 150.-? al mes por hijo; en total 300.-? mensuales, a abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe a tal efecto y con actualizaciones anuales, con efecto de primero de enero y conforme al IPC que publique el INE; y siendo satisfechos los gastos extraordinarios de los hijos al 50% entre las partes. Confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Siendo estimatorio el recurso, procédase a la devolución del depósito al consignante, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita».

TERCERO.- 1.- Por D. Miguel Ángel se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Conforme al art. 477.2.3.º de la LEC , al existir interés casacional centrado en aplicación incorrecta del art. 92 del CC , en su redacción dado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de septiembre de 2009 (rec. 200/2006) y sentencia núm. 257/2013 de 29 de abril (rec. 2525/2011), no modificadas por otras posteriores.

Motivo segundo.- Conforme al art. 477.2.3.º de la LEC , al existir interés casacional centrado en la oposición o desconocimiento o aplicación incorrecta en la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en sentencias de la Sala Primera, sentencia núm. 154/2012, de 9 de marzo (rec. 113/2010), con las reseñadas en dicha sentencia (SSTS de 28 de septiembre de 2009 y 8 de octubre de 2009); sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril (rec. 2525/2011) y sentencia núm. 619/2014, de 30 de octubre (rec. 1359/2013).

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

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María del Carmen Sánchez Muñoz, en nombre y representación de Dña. Ángeles , presentó escrito de oposición al mismo así como el Ministerio Fiscal que interesó la desestimación del recurso interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

D. Miguel Ángel ejerció acción de divorcio contra Dña. Ángeles solicitando las medidas inherentes al mismo, entre otras la guarda y custodia compartida de los hijos menores por períodos alternos de dos meses.

Del matrimonio nacieron dos hijos, Marcelino (NUM004 -2001) y Maximino (NUM005 -2004).



La parte contraria contestó y se opuso argumentando que la relación con su excónyuge era inexistente.

La sentencia de primera instancia concedió la custodia compartida. No se admitió como prueba informe de equipo de psicólogos en relación con los menores (12 y 10 años). La sentencia basa su decisión en que las partes han establecido de hecho un régimen de custodia compartida y han fijado de común acuerdo el régimen de visitas, que ambos tienen aptitudes personales para dicha guarda y custodia. No consta incidente alguno durante la convivencia de padre y menores, y en cuanto a la exploración se concluye que están satisfechos con la situación actual.

Recurrida en apelación la sentencia, la de segunda instancia estimó el recurso en el sentido de otorgar la guarda y custodia exclusiva a la madre. Lo justifica en que las partes no se llevan bien y actualmente viven en domicilios no cercanos; no existe informe auxiliador objetivo y científico del Ministerio Fiscal; no existe dictamen de especialistas, debidamente cualificados, indicando la idoneidad o no de la custodia compartida, que la madre está ejerciendo bien la guarda y custodia exclusiva y al menos uno de los hijos prefiere estar con su madre y ver a su padre cada quince días.

En fase de apelación se propuso por la recurrente la práctica de informe psicosocial, rechazado en la primera instancia, y la prueba fue denegada por la Audiencia Provincial por auto de 10 de septiembre de 2014.

Por el padre se interpone recurso de casación, en dos motivos:

Motivo primero: por aplicación incorrecta del art 92 CC, en la redacción dada por Ley 15/2005, y por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo SSTS 28 de noviembre de 2009 y 29 de abril de 2013, dado que la sentencia parece que fundamenta su rechazo de la concesión de la custodia compartida en que no existe informe del Ministerio Fiscal y tampoco informe de especialista sobre la idoneidad de dicha custodia, con relación a los menores.

El motivo segundo: por oposición a la doctrina de las SSTS 9 de marzo de 2012, 28 de noviembre de 2009, 8 de octubre de 2009, 29 de abril de 2013 y 30 de octubre de 2014, que establecen el régimen de custodia compartida como normal, negando que los padres no se lleven bien y alegando que conforme al interés del menor el sistema de custodia compartida es el conveniente.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso.

Se ha declarado probado que la madre trabaja en Primark y el padre es autónomo en paro, aunque efectúa trabajos esporádicos con su excavadora. La madre vive en Madrid con su actual pareja y el padre permanece en Coslada, localidad en la que se encuentra el colegio de los menores.

SEGUNDO .- *Motivos primero y segundo.*

Motivo primero.- Conforme al art. 477.2.3.º de la LEC, al existir interés casacional centrado en aplicación incorrecta del art. 92 del CC, en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de septiembre de 2009 (rec. 200/2006) y sentencia núm. 257/2013 de 29 de abril (rec. 2525/2011), no modificadas por otras posteriores.

Motivo segundo.- Conforme al art. 477.2.3.º de la LEC, al existir interés casacional centrado en la oposición o desconocimiento o aplicación incorrecta en la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en sentencias de la Sala Primera, sentencia núm. 154/2012, de 9 de marzo (rec. 113/2010), con las reseñadas en dicha sentencia (SSTS de 28 de septiembre de 2009 y 8 de octubre de 2009); sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril (rec. 2525/2011) y sentencia núm. 619/2014, de 30 de octubre (rec. 1359/2013).

Se alega que la sentencia recurrida parece que fundamenta su rechazo de la concesión de la custodia compartida en que no existe informe del Ministerio Fiscal y tampoco informe de especialista sobre la idoneidad de dicha custodia, con relación a los menores.

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad dado que en los motivos no se efectúa valoración de la prueba ni se hace supuesto de la cuestión.

Se estiman los motivos.

En la sentencia recurrida se desarrollan tres argumentos para rechazar la custodia compartida:

1. La distancia entre domicilios, sin más justificación.
2. La ausencia de informe del Fiscal.
3. La inexistencia de informe psicosocial.

Esta sala debe declarar:

1. Sí hubo intervención del Ministerio Fiscal.
2. Efectivamente no se emitió informe psicosocial, en ninguna de las instancias, pero dicho informe fue solicitado en segunda instancia y rechazado por la Audiencia Provincial, contra cuya resolución se interpuso recurso de reposición que también fue desestimado por auto de 10 de septiembre de 2014.
3. La distancia entre las localidades en que residen los progenitores de los menores (Madrid-Coslada) es escasa, especialmente para una metrópoli como Madrid.

Por tanto, ninguna de las causas que sustentan la negativa a la custodia compartida, ofrece justificación suficiente, máxime cuando la propia Audiencia Provincial consideró innecesario el informe, cuando se le propuso como prueba.

Es más, en la sentencia recurrida se aprecia una grave contradicción en los razonamientos, pues mientras en el auto referido se niega la necesidad del informe psicosocial, en el FDD primero de la resolución recurrida se hace una loa a la necesidad de dicho informe:

«Pero previamente cabe advertir, y como crítica, la enorme diferencia que se observa en el trato de los organismos públicos con los Juzgados de la periferia de Madrid, con los pueblos de la Comunidad de Madrid, y en concreto en temas de "familia". En efecto, nos encontramos con un tema delicado, sensible, como es la concesión de la guarda y custodia de unos hijos y echamos de menos la intervención del Ministerio Fiscal emitiendo informe preceptivo; y se echa en falta dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad de este modo de ejercicio de custodia compartida».

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

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

»Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)».

La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, erróneos y en contradicciones que la propia Sección de la Audiencia Provincial genera (en lo relacionado con el informe psicosocial).

En autos consta que los progenitores *de facto* , mantenían un sistema de alternancia semanal en la custodia de los menores, manteniéndose ellos en el colegio de Coslada, localidad que había sido la de residencia familiar (véase sentencia del Juzgado y exploración de los menores), lo que denota una capacidad de diálogo suficiente.

Por tanto, no constando causa que desaconseje el sistema de custodia compartida, procede establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil .



A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración 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 de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Al asumir la instancia se confirma parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada, procedimiento 64/2013, excepto en lo relativo al uso y disfrute del domicilio familiar, que a continuación se analiza.

CUARTO .- *Vivienda familiar* .

Tanto el padre como la madre reconocen que ésta ya no reside en el domicilio familiar de Coslada, sino en Madrid con su actual pareja.

En la sentencia del Juzgado se atribuye el uso del domicilio familiar a los menores, debiendo permanecer en el mismo el progenitor que disfrutase del turno semanal.

Este sistema que puede ser respetable, cuando los ingresos de la pareja son cuantiosos, se convierte en inasumible ante economías precarias, como es el caso, dado que deben hacer frente al mantenimiento de tres viviendas (la familiar y las dos de alternancia).

En este caso, la madre al oponerse al recurso de casación discute este extremo.

Esta Sala ha declarado en sentencia núm. 545/2016, de 16 de septiembre :

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

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

Constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar, dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencia las incidencias que procedan.

QUINTO .- No se imponen las costas de las instancias (arts. 394 y 398 LEC).

No se efectúa imposición de las costas de la casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Miguel Ángel contra sentencia de 22 de abril de 2015, del recurso de apelación 762/2014, de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, confirmando parcialmente la sentencia del juzgado de primera instancia núm. 4 de Coslada, procedimiento 64/2013, dejando, solamente, sin efecto la atribución del domicilio que fue familiar, debiendo resolverse en ejecución de sentencia las incidencias que procedan. **3.º**- No se imponen las costas de las instancias. **4.º**- No se efectúa imposición de las costas de la casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ