

Roj: **STS 849/2017 - ECLI:ES:TS:2017:849**Id Cendoj: **28079110012017100150**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/03/2017**Nº de Recurso: **1158/2016**Nº de Resolución: **155/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 7 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos sobre divorcio contencioso n.º 599/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Getafe (Madrid); cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Daniel, representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Inés Álvarez Godoy; siendo parte recurrida doña Juliana, representada por la procuradora de los Tribunales doña Silvia Pérez Macarrilla. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1-** La representación procesal de doña Juliana, interpuso demanda contenciosa de divorcio contra don Daniel, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«... en su día, previos los trámites legales y con la intervención del Ministerio Fiscal, se declare el divorcio con todos sus efectos legales, y se adopten las siguientes medidas definitivas reguladoras de la situación paterno-filial y económicas que regirán tras el Divorcio:

»1º.- Se atribuya la guarda y custodia de la hija menor a la madre, siendo compartido el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores.

»2º.- Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar al padre, siendo que la madre y la hija trasladarán su domicilio habitual a la vivienda propiedad de ambos cónyuges sito en c/ DIRECCION000 NUM000, Planta NUM001, Letra NUM002, de Madrid, en la que la hija menor quien vivirá en compañía de su madre.

»3º El régimen de visitas de la menor, a favor del padre, será el siguiente

»A) Fines de semana, se establecerán fines de semana alternos. El padre tendrá a la hija en su compañía, cuando le corresponda el fin de semana, desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas, debiendo recogerla y dejarla en el domicilio donde resida con su madre.

»Le corresponderá al padre el primer fin de semana posterior a la fecha en que reciba la sentencia de Divorcio correspondiéndole en su consecuencia a la madre el siguiente fin de semana y así sucesivamente.

»El régimen de visitas de fines de semana quedará en suspenso en los periodos vacacionales, reanudándose, de nuevo, al finalizar dichos periodos y correspondiendo el primer fin de semana al progenitor que le correspondía antes de la suspensión.



»B) Vacaciones de Navidad, la hija, pasará la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con su padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período el día siguiente a aquél en que finalicen las clases y finalizando el mismo, el día 31 de diciembre a las 12 del mediodía. El segundo período comenzará el día 31 de diciembre al mediodía (a las 12 horas) y finalizará el día inmediatamente anterior a aquél en que comiencen las clases.

»En atención a la edad de la hija menor, requiere especial tratamiento la regulación de vistas correspondiente a la tarde/noche del día 5 de enero de cada año, fijándose la alternancia, de modo que corresponderá su disfrute a la madre los años impares y al padre los pares.

»Al cónyuge que cada año le corresponda disfrutar junto a su hija menor de la tarde/noche del día 5 de enero, si no la tiene ya en su compañía por haber elegido el segundo periodo de vacaciones de navidad, recogerá a la menor en el domicilio del custodio, el día 5 de enero a las 16.00 horas y la tendrá en su compañía hasta el día 6 de enero a las 13.00, hora en la que deberá de retornarla junto al otro progenitor para que pase con él, el resto del día hasta las 20.00 horas, en la que habrá de retornarla junto al otro.

»C) Vacaciones de Semana Santa, la hija, pasará la totalidad vacaciones escolares de Semana Santa con su padre los años pares y con al madre los años impares

»D) Vacaciones estivales, la hija, pasará la mitad de sus vacaciones escolares con la madre y la otra mitad con padre. La madre elegirá los años impares el período vacacional que desea disfrutar junto con su hija y el padre elegirá los años pares. Los periodos de disfrute de vacaciones se distribuirán en periodos de 15 días consecutivos y alternos, de modo (sic)

»El padre o la madre, cuando tenga el derecho a elegir período vacacional deberá comunicar al otro los periodos que le interesan antes del día uno de mayo de cada año, no pudiendo elegir períodos inferiores ni superiores a quince días consecutivos y alternos. Todo ello, con el fin de que el otro pueda programarse sus vacaciones. Si no hubiese preaviso en el término y plazo estipulado, el otro cónyuge podrá elegir período vacacional, pudiéndose notificar dicha situación al Juzgado competente.

»No obstante, si en el período vacacional la menor realizase alguna actividad (a título de ejemplo, campamentos, viajes, etc.) y éstas no fueran en compañía del padre ó la madre con quien le correspondería estar según los presentes acuerdos, dicho período será compensado con días de vacaciones del padre ó la madre, con el fin de que el período vacacional sea compartido por igual.

»El padre asumirá la obligación de recoger y retornar a la hija en los distintos períodos vacacionales antes referidos, así como, los fines de semana.

»E) Puentes: Los fines de semana que le correspondan al padre o a la madre estar con su hija se le añadirán los días ínter semanales no lectivos inmediatamente anteriores o posteriores, (Lunes y Viernes), teniendo derecho a los denominados "puentes".

»F) .-Cumpleaños del padre y festividad de San José: Disfrutará el padre del día de su cumpleaños y de la festividad de san José de la compañía de su hija desde la salida del colegio y hasta las 20.00 horas. Para el supuesto de que tales días coincidan con un día festivo escolar que corresponda a la madre, podrá disfrutar el padre no custodio de la compañía de su hija ese único día desde las 12.00 horas y hasta las 20,00 horas.

»G).- Cumpleaños de la madre y festividad del día de la madre: la esposa disfrutará de la compañía de su hija menor el día de su cumpleaños y el día "de la madre" aunque esos días coincidan con un día de visita del padre. En ese caso la madre recogerá ese mismo día a su hija en el domicilio del padre a las 12.00 horas y la entregará a las 20,00 horas en el mismo.

»H) Comunicación; El padre podrá comunicar en todo momento con la hija por vía telefónica, Internet, correo electrónico y demás medios que permita el estado de la técnica audio visual, con arreglo a los usos sociales admitidos, si bien, respetando en su caso los horarios de estudio, actividades escolares y extraescolares, horarios de sueño, comidas y, en general, las necesidades familiares ordinarias para la debida socialización de los menores en su entorno.

»La madre disfrutará de idéntico derecho, al expuesto en el párrafo anterior, cuando no tenga a la hija consigo.

»4º" Pensión de alimentos y gastos extraordinarios

»Al residir la hija con la madre, el padre asumirá la obligación de contribuir a pagar los gastos de alimentación, sustento, habitación, educación, sanidad y vestido, y cuantos otros sean necesarios para el normal desarrollo de los mismos, en tanto no tengan capacidad económica suficiente para asumirlos por sí misma.



»Por lo tanto, mientras la hija del matrimonio no se independicen económicamente, el padre contribuirá al mantenimiento, sostenimiento y alimentos de la hija menor con el pago a su esposa de pensión por importe e 436,70 Euros (CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS EUROS CON SETENTA CTMOS) mensuales, revisable anualmente, de conformidad con las modificaciones que sufran los Índices que sobre los Precios al Consumo dicte el Instituto Nacional de Estadística, o cualquier otro organismo oficial que pudiera sustituirle. Se tendrá en cuenta a efectos de actualización los doce meses anteriores al día uno de enero de cada año.

»Igualmente el padre costeará a su cargo el 60% de los gastos que con carácter extraordinario sean necesarios, por ejemplo y a título meramente enunciativo, gastos médicos ó psicológicos, logopedias, odontología, clases de profesores particulares, adquisición de gafas ó lentillas, campamentos, gastos extraescolares, etc..etc,etc

»El pago de la pensión de alimentos y gastos extraordinarios se hará efectiva por adelantado y desde la firma del presente documento, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la madre designe y que comunicará al padre si hubiera cambio respecto a la cuenta que en este documento se recoge. Inicialmente se designa la cuenta corriente de la entidad IBERCAJA cuyos veinte dígitos son los siguientes: BANKIA:2038-1617-15-300021719..

»El resto de los importes a los que estuviera obligado el señor Daniel , también, se ingresarán, dentro del plazo indicado anteriormente, en la misma cuenta señalada por la madre, sin perjuicio de que si se produjese modificación de la misma, la madre lo comunicará al padre con la debida antelación.

»5° Pensión compensatoria:

»Por los motivos alegados en el hecho Noveno de la demanda cuyo contenido damos por reproducido en aras de economía procesal, y en aplicación de lo preceptuado en el art. 97 C.c ., y jurisprudencia que lo desarrolla, puesto que su divorcio producirá en al demandante el desequilibrio económico al que alude el mencionado precepto, lo que unido a las dificultades por la que atraviesa el mercado laboral, impiden a mi patrocinada mejorar sus condiciones salariales, ni ampliar de nuevo su jornada, es necesario por ello y ajustado a derecho el establecer una pensión compensatoria que se cifra en DIECISEIS MIL EUROS, (16.000,00€) que responde al 40% de la diferencia en computo total que ha existido entre el salario percibido por el demandado (100% de salario) y el percibido por mi patrocinada( 60% de salario) durante los últimos siete años de matrimonio.

»6° Cargas del matrimonio

»Que se detallan en los siguientes conceptos y cantidades:

- »766,82 euros mensuales de hipoteca .....(383,41€/mes cada uno)
- »919,68 anuales de IBI C/ DIRECCION001 NUM003 = 459,84€ cada uno .....(38,32€/mes cada uno)
- »717,04 anuales de IBI c/ DIRECCION000 NUM000 =358,52€cada uno..... (29,88€/mes cada uno)
- »77,25 VADO anual = 38,62€ cada uno .....(3,22€/mes cada uno)
- »166,96€/ Seguro del hogar anual: 83,48€ cada uno .....(6,96€/mes cada uno)
- »TOTAL CARGAS MENSUALES INDIVIDUALES 461,79€ cada cónyuge.,

»Cada cónyuge contribuirá al sostenimiento de las cargas el matrimonio con la cantidad de 461,79€ Euros mensuales, debiendo el esposo ingresar dicha cantidad en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente en la que se encuentran domiciliados todos estos pagos; IBERCAJA NUM004 , y ello sin perjuicio de los incrementos que en mas ó en menos sufran tales cargas con motivo de la oscilación de intereses y/o cambios legislativos en materia de tasa, impuestos o precios públicos, que redundará en perjuicio o beneficio de ambos por igual.»

**2.1.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado, contestó a la misma, al tiempo que formulaba demanda reconvenzional, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

«A.- por Contestada la demanda de divorcio (...), estimando las peticiones que esta parte solicita en la contestación a la demanda, así deberá dictarse Sentencia en la que se contenga como medidas;

»1.- Se acuerde declarar el divorcio de D. Daniel Y DOÑA Juliana .

»2.- La atribución de la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad Cristina tomando como base periodos de seis semanas de la forma que a continuación se concreta, pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad, la forma de esta guarda y custodia compartida teniendo en cuenta los turnos del padre será de dos semanas (quincena) con la madre iniciándose en las semanas que el padre tenga sus turnos de tarde, como seguidamente el padre pasa a tener cuatro semanas de mañana, las dos semanas siguientes



(quincena) se pasarían por la menor con el padre y después la menor tendría una semana completa alterna con cada uno de sus progenitores, correspondiendo a la madre la primera semana y después otra semana con el padre, para pasar de nuevo a las quincenas como hemos expresado.

»Alternativamente se solicita la atribución de la guarda y custodia de la menor al padre, ya que este ha pasado más tiempo que la madre ocupándose de la niña y es su figura de referencia.

»3.- La asignación del uso del domicilio familiar a la hija del matrimonio y al progenitor en cuya compañía quede y dado que la familia tiene dos viviendas en plena propiedad y a siete minutos de trayecto en coche, perfectamente puede concederse esa guarda y custodia compartida, utilizando el uso de la otra vivienda el otro progenitor y la menor cuando esté en su compañía.

»Alternativamente y dado que se solicita la liquidación de los bienes comunes indivisos, deberá atribuirse el uso del domicilio de los inmuebles según se realice la atribución de la plena propiedad de los mismos.

»4.- En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en caso de ser una custodia compartida deberá ser de dos tardes por semanas, los martes y jueves desde la salida del colegio a las 20,30 horas.

»En caso de no establecerse una custodia compartida, si es el padre el custodio, la madre tendrá dos tardes en semana las semanas que no tenga a la menor los fines de semana desde la salida del colegio a la entrada del mismo y las semanas que tenga el fin de semana una tarde, la de los miércoles desde la salida del colegio a la entrada del mismo. Si el padre trabajase de turno de tarde, no se cumpliría la visita semanal.

»Para el caso de ser la madre la progenitora custodia, el padre tendrá el mismo régimen de visitas que se le concede a la madre, pero además se ocupará de la menor los fines de semana que la madre trabaje en horario de 10 de la mañana a 20 horas que la recogerá la madre a la salida de su trabajo en el domicilio del padre.

»Las entregas y recogidas de la menor se realizarán en cualquiera de los domicilios propiedad común de los progenitores donde en ese momento esté la menor, por el progenitor no custodio y en caso de ser una custodia compartida por el que no ostente en ese momento la custodia.

»La mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano, eligiendo los años pares el padre y los impares la madre. Los puentes en caso de no ser la custodia compartida se unirán al fin de semana de estancia con el progenitor que disfrute de la visita y los días festivos los disfrutará la menor con el progenitor que no esté trabajando y en caso de no trabajar ambos padres de realizará de forma alternativa.

»5.-En concepto de alimentos a favor de la menor en caso de ser una guarda y custodia compartida deberán abonarse por mitad los gastos ordinarios y extraordinarios escolares y médicos de Cristina y cada progenitor mantendrá a su costa a la menor en los periodos que tenga el cuidado o custodia de su hija.

»En caso de atribuirse a uno de los progenitores la custodia en lugar de ser una custodia compartida, deberán fijarse la cantidad de 200 euros en concepto de alimentos a la hija por las razones expuestas en nuestra contestación a la demanda, cantidad a abonar por cualquiera de los progenitores que no ostente la custodia.

»Los gastos extraordinarios de la menor, previo acuerdo de los mismos o en su defecto autorización judicial, serán abonados por mitad entre ambos progenitores.

»6.-Conformes con la petición de contrario en relación a los cumpleaños del padre, madre y festividad de San José día de la madre y a la comunicación.

»7.-El presente divorcio no produce ningún tipo de desequilibrio económico entre los esposos, de ahí que deberá desestimarse la petición de pensión compensatoria solicitada de contrario, por las razones que hemos expuesto en la demanda.

»8.-La hipoteca que grava el domicilio familiar se abonará por mitad entre ambos progenitores, al igual que los ibis de la misma, hasta la extinción efectiva del pro indiviso, los gastos ordinarios de comunidad, así como los de servicios y suministros se harán efectivos por el usuario de la vivienda que ocupe.

»9.-Cada cónyuge deberá tener la atribución del uso del vehículo que esté a su nombre.

»B.- Que igualmente tenga por formulada demanda reconvenzional en solicitud de Acción de división de los bienes que los cónyuges tienen en comunidad ordinarias y previos los oportunos (...) los trámites legales procedentes se sirva dictar sentencia en la que con estimación del ejercicio de la acción entablada, se contengan los siguientes pronunciamientos:

»1.- Se declare disuelta y extinguida la situación de comunidad existente entre las partes en litigio respecto de los bienes cuya división se insta por medio de la presente demanda concretamente de



»A.- Vivienda individual adosada sita en la DIRECCION001 n° NUM003 de Perales del Río (Getafe) Madrid, inscrita en el Registro de la propiedad n° 2 de Getafe, libro NUM005 , tomo NUM006 , folio NUM007 , finca NUM008 .

»Con un valor de 250.644 euros según peritaje aportado por esta parte.

»Sobre la misma pesa una hipoteca con la entidad IberCaja que a noviembre de 2012 asciende a 230.315, 16 euros.

»B.- Vivienda en edificio con manzana abierta sita en la DIRECCION000 n° NUM000 de Villaverde bajo (Madrid) vivienda NUM001 NUM002 de una sola planta con 69,93 metros cuadrados con trastero n° NUM009 anexo inseparable a la vivienda y plaza de garaje NUM010 igualmente como anexo inseparable de la misma.

»Se valora la misma teniendo en cuenta su limitación como vivienda de protección oficial en la cantidad de 148.251,60 euros.(página 12).

»Sobre la citada vivienda no existen cargas.

»C.- Plaza de garaje sito en la DIRECCION000 n° NUM000 , plaza n° NUM011 de Madrid, de una superficie de 26,17 metros cuadrados finca NUM012 , tomo NUM013 , folio NUM014 del Registro de la propiedad n°46 de Madrid.

»Por su valor de 25.535, 25 euros.

»D.- Bienes muebles en vivienda unifamiliar descrita con n° 1 sita en la localidad de Perales del Río (Getafe) Madrid por un valor de 4.270 euros.

»2.- Se declare el carácter indivisible de la fincas registrales a la que hemos hecho referencia, a excepción de los bienes muebles a petición de las partes podrán dividirse por mitad e igual valor.

»3.- Que a tenor del artículo 438, 4 de la ley de enjuiciamiento civil , como en el presente caso existen diversos bienes en comunidad ordinaria indivisa, el Juzgador los considere en conjunto para adjudicar lotes a los copropietarios, proponiendo esta parte se realicen los siguientes lotes, previo acuerdo entre las partes o en su defecto decisión judicial.

»A.- Lote primero formado por

»La plena propiedad de la vivienda unifamiliar descrita como bien primero por su valor de 250.644 euros, menos la carga hipotecaria que se asumirá por el adjudicatario de dicho bien por su valor de 230.315,16.

»La plaza de garaje independiente en Madrid y su DIRECCION000 NUM000 , plaza n° NUM011 por su valor de 25.535,25 euros.

»Los bienes muebles existentes en la vivienda unifamiliar sita en Perales del Río (Getafe) por su valor de 4.270 euros.

»Total valor del lote 50.134,09 euros.

»B.- Lote segundo formado

»Por la vivienda sita en la DIRECCION000 n° NUM000 NUM001 NUM002 de Madrid, con su trastero y plaza de garaje como anexos inseparables, por su valor de 148.251,60 euros. Lleva un exceso de valor de 59.223,17 euros, que tendrá que compensar el adjudicatario de este lote al otro copropietario para igualar los mismos, con esta compensación ambos copropietarios reciben 109.357,26 euros.

»4.- En caso de no alcanzarse un acuerdo entre las partes, o no considerar el Juzgado realizar los lotes propuestos por esta parte, a tenor de lo establecido en el art. 404 del CC , deberá por el precio de la valoración aportada por esta parte o de la que se acuerde por el Juzgado si se solicitase de contrario, procederse a la subasta de los inmuebles, con admisión de licitadores extraños, para la entrega a las partes, en función de sus participaciones, del precio obtenido en la venta judicial, descontadas las cargas y créditos.

»4.- (sic) Se lleve a cabo lo solicitado en el periodo de ejecución de sentencia.

»5.- Se condene en costas a la demandada si se opusiera injustamente a esta demanda.»

**2.2.-** Dado traslado de la reconvención a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que se dicte sentencia «...en la que se decreta:

»1°.- Al correlativo:





»Se declare la disolución y extinción de la comunidad existente entre las partes litigantes respecto de los bienes cuya división se insta, concretamente de los siguientes:

»a) vivienda Individual adosada sita en C/ DIRECCION001 n° NUM003 , Perales de Río (Getafe) Madrid, inscrita en el Reg. Prop, n° 2 Getafe, Libro NUM005 , Tomo NUM006 , Folio NUM007 , Finca NUM008 ..... Valor: 250.644€ .Sobre la misma pesa una hipoteca a favor de la entidad ibercaja que a fecha Febrero de 2013 asciende a 229.002,61€

»b) vivienda en edificio con manzana abierta sita en C/ DIRECCION000 n° NUM000 , Villaverde Bajo (Madrid), vivienda NUM001 NUM002 ; de una sola planta con 69,93 metros cuadrados con trastero n° NUM009 y plaza de garaje NUM010 como elementos anejos e inseparables a la vivienda, libre de cargas Valor: 148.251,60€

»c) Plaza de garaje sito en C/ DIRECCION000 no NUM000 , Madrid, plaza n° NUM011 , superficie 26,71 Metros cuadrados, Finca NUM012 , Tomo NUM013 , Folio NUM014 del Reg Prop n° 46 de Madrid..... Valor 25.535,25€

»d) Bienes muebles en vivienda unifamiliar descrita como A) en la localidad de Perales de Río (Getafe/Madrid) por valor de 4.270,00€

»2° al correlativo:

»Se declare la naturaleza indivisible de las fincas registrales descritas, a excepción de los bienes muebles que a petición de las partes podrán dividirse por mitad e igual valor

»3° y 4 ° A los correlativos:

»Que a tenor del Art- 438.4 de la LEC vigente, existiendo diverso bienes en comunidad ordinaria indivisa, le juzgados lo considere en conjunto para adjudicar lotes a los copropietarios, proponiendo se realicen los siguientes lotes, previo acuerdo entre las parte ó en su defecto decisión judicial:

»A) LOTE PRIMERO:

».-Plena propiedad de la Vivienda unifamiliar C/ DIRECCION001 n° NUM003 , de Perales de Río Getafe Madrid)..... valor 250.644 menos la carga hipotecaria e asciende en febrero de 1203 a..... 229.002,615€ (sic)

».-Plena propiedad de plaza de garaje n° NUM011 c/ DIRECCION000 NUM000 : por su valor 25.535,25€

».-Propiedad de bienes muebles en c/ DIRECCION001 n° NUM003 por su valor.....4.270,00€

»TOTAL VALOR DEL LOTE 51.446,64€

»B) LOTE SEGUNDO

».-vivienda en edificio con manzana abierta sita en C/ DIRECCION000 n° NUM000 , Villaverde Bajo (Madrid) con trastero n° NUM009 y plaza de garaje NUM010 como elementos anejos e inseparables por su valor ..... 148.251,60€

»Este lote lleva un exceso de valor de 48.402,48€ que tendrá que compensar el adjudicatario de este lote al otro, para igualar los mismos, de este modo cada copropietario recibe 99849,12€

»4° Al correlativo

»De no ser posible la adjudicación de los bienes por lotes a los copropietarios con indemnización al otro en caso de exceso de adjudicaciones, conforme establece el art. 404 del C.C . vigente, se acuerde la venta en pública subasta de todos los bienes con aceptación de licitadores extraños y consiguiente reparto al 50% del precio neto obtenido entre los dos copropietarios, debiendo de hacerse expresa reserva del derecho de uso y disfrute a favor de la hija menor de los litigantes Cristina , de la vivienda familiar sita en Perales del Río (Getafe/Madrid) C/ DIRECCION001 n° NUM003 Chalet, ó la que se le adjudique como su domicilio en el procedimiento de divorcio contencioso que se sigue en ese juzgado conforme promulga el art 96 del Código Civil vigente, y ordenar su inscripción en el registro de la propiedad correspondiente a la vivienda.

»Se lleve a cabo lo solicitado en la fase de ejecución de sentencia.

»5°) al correlativo

»No se haga expresa condena en costas a esta parte por no existir oposición al pedimento principal de extinción de condominio.»

**2.3-** El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.



**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Getafe, dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando como ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Juliana , contra D. Daniel , y DECLARO haber lugar a la disolución del matrimonio por divorcio de los citados cónyuges con los efectos legales inherentes y medidas acordadas en los términos que se relacionan en el cuerpo de esta resolución, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal del demandado, y sustanciada la alzada, la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 2 de julio de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Daniel , representado por la Procuradora DOÑA INES MARIA ALVAREZ GODOY, contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2014; del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Getafe ; dictada en el proceso de divorcio número 599/2012; seguido con DOÑA Juliana , representada por la Procuradora DOÑA SILVIA PEREZ MACARRILLA; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

»Con pérdida del depósito constituido, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita.»

**TERCERO.-** Contra la sentencia de segunda instancia, el demandado don Daniel interpuso recurso de casación que contiene un solo motivo por vulneración de lo establecido en los artículos 90 y 92 CC , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 39 de la Constitución Española y el artículo 2 de la LO 11/1996 de Protección del Menor .

**CUARTO.-** Por esta sala se dictó auto de fecha 2 de noviembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, doña Juliana , que se opuso a su estimación mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora doña Silvia Pérez Macarrilla, manifestándose a favor de la estimación el Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** Por providencia de 16 de enero de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 21 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Seguido proceso de divorcio a instancias de doña Juliana contra quien fue su esposo don Daniel , ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Getafe, se llegó a un acuerdo entre las partes respecto de la adopción de medidas provisionales, en la comparecencia celebrada al efecto con fecha 4 de diciembre de 2012, en el sentido de atribuir a la madre la custodia de la hija menor Cristina , nacida el NUM015 de 2005, compartiendo ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad, con un régimen de visitas adecuado para el padre. En concepto de alimentos se fijaban 300 euros, con la actualizaciones correspondientes, asumiendo cada progenitor la mitad de los gastos extraordinarios que se generasen.

No obstante, tras la contestación de la demanda, el padre solicitó la adopción del sistema de guarda y custodia compartida, junto con otras medidas.

En fecha 3 de junio de 2014 se dictó sentencia de primera instancia estableciendo que la guarda y custodia de la menor se atribuía a la madre, permaneciendo ambas en el domicilio familiar, con un régimen de visitas para el padre, fijando los alimentos en la cantidad de 300 euros, que serían de 200 euros mientras el señor Cristina mantenga la situación de jornada reducida, con las actualizaciones oportunas y pago por mitad de los gastos extraordinarios.

El padre recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª) dictó sentencia de 2 de julio de 2015 por la que confirmó la de primera instancia.

Contra dicha sentencia recurre ahora en casación el padre don Daniel .

**SEGUNDO.-** Se alega en el único motivo del recurso la vulneración de lo establecido en los artículos 90 y 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 39 de la Constitución Española , el artículo 2 de la LO 11/1996 de Protección del Menor , con oposición a la jurisprudencia de esta sala que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, según las sentencias de 7 de Julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 y 9 de marzo de 2012 .



Se pone de manifiesto por la Audiencia Provincial, en la sentencia objeto de este recurso

«que el presente caso no cumple ninguno de los requisitos de la Ley 15/2005 de 8 de julio cuyo artículo ocho dio nueva regulación al artículo 92 del Código civil, pues las partes no han concurrido a este proceso con propuesta de convenio regulador, pidiendo el ejercicio compartido de la guarda y custodia ni a tal acuerdo han llegado andado el procedimiento; el Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia recurrida; y ya se sabe que dicho Ministerio siempre fiel custodio de la juridicidad, en esta sede de Familia está además especialmente ocupado y preocupado por el bonum filli, no existe en autos dictamen de especialistas debidamente cualificados relativos a la idoneidad de la custodia compartida y finalmente el órgano judicial a quo ayudado por el principio de inmediatez no ha considerado la custodia compartida como la única forma para proteger adecuadamente el interés superior del menor».

La parte recurrente afirma que esta interpretación que realiza la Audiencia respecto del artículo 92 del Código civil no es conforme con la naturaleza ni espíritu del precepto legal produciéndose la vulneración de dicho precepto. Alude a que la jurisprudencia considera el sistema de custodia compartida como normal y no excepcional.

No obstante, hay que tener en cuenta que la sentencia de apelación se remite a los argumentos de la sentencia de primera instancia, en la cual se alude al hecho de que el informe pericial obrante en autos no considera aconsejable un régimen de custodia compartida de la menor dado el actual apego a la madre, de modo que quedaría comprometido el propio interés de la menor que podría resultar perjudicado cuando no existe acuerdo entre los progenitores y sí un importante grado de conflictividad. No se niega que el padre pueda prestar una adecuada atención a la menor de acuerdo con sus circunstancias personales y laborales, pero la niña ha permanecido más tiempo en el entorno materno debido a su mayor disponibilidad horaria, como refleja el informe psicosocial, lo que según la juzgadora de primera instancia -opinión que es ratificada por la Audiencia- justifica la atribución de la guarda y custodia a la madre atendiendo a la corta edad de la menor y al encontrarse la madre en mejor posición para el ejercicio de dicha función. Se atiende para ello a distintos factores como su horario laboral, los apoyos sociolaborales con los que cuenta y por haber sido ella la principal encargada del cuidado y crianza de la niña siendo en la actualidad la madre quien aporta seguridad a la menor, por lo que lo aconsejado es el mantenimiento de la guarda y custodia atribuida a la madre con un amplio régimen de visitas para el padre.

**TERCERO.-** La doctrina de esta sala ha insistido en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial. 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, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja». El interés del menor debe de prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Como esta sala ha reiterado (sentencias, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, de modo que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor» (sentencia de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009).

Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores y así lo viene a decir la sentencia de esta sala de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 1467/2008) que se expresa 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».

De ello se desprende que la conveniencia para la menor de mantenerse en la situación actual, según los criterios que se han manifestado en el anterior fundamento jurídico, ha de llevar a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida.





**CUARTO.-** La desestimación del recurso lleva consigo la condena en costas al recurrente ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) y pérdida del depósito constituido ( Disposición Adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Daniel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª) de fecha 2 de julio de 2015, en Rollo de Apelación n.º 1242/14 dimanante de autos de juicio de divorcio seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Getafe, en virtud de demanda interpuesta por doña Juliana contra el hoy recurrente. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** Condenar al recurrente al pago de las costas causadas por su recurso. **4.º-** Decretar la pérdida del depósito constituido. 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.