



Roj: **STS 2163/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2163**

Id Cendoj: **28079110012021100357**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2021**

Nº de Recurso: **3277/2020**

Nº de Resolución: **356/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP P 163/2020,**
STS 2163/2021,
AATS 10671/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 356/2021

Fecha de sentencia: 24/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3277/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 3277/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 356/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 24 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2020, dictada en el recurso de apelación 73/2020, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, dimanante del juicio de divorcio n.º 9/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Palencia; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Adolfinia , representada en las instancias por la procuradora Dña. Ana María Pérez Puebla, bajo la dirección letrada de Dña. María Cinta Marcos Pérez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Ana Pérez Puebla, que fue sustituida por Dña. María Eugenia Moro Terceño en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Anibal , representada por el procurador D. Juan Luis Andrés Garcia, bajo la dirección letrada de letrado D. José María Rebollo Rodríguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Dña. Adolfinia , representada por la procuradora Dña. Ana Pérez Puebla y dirigida por la abogada M.ª Cinta Marcos Pérez, interpuso demanda de divorcio contra D. Anibal , y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que estimando íntegramente esta demanda, se declare haber lugar al divorcio solicitado, determinándose los siguientes efectos:

"Decretar que la patria potestad de menor de edad Basilio , la ejercerán conjuntamente ambos progenitores, en beneficio de este.

"La patria potestad será ejercida conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor.

"Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

"Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas corresponderán al progenitor que tenga consigo al menor, en cumplimiento del régimen de guarda y estancias establecido, en el momento en que la cuestión se suscite.

"Los progenitores no podrán trasladarse fuera del territorio nacional en compañía de su hijo, salvo que se trate de disfrutar el periodo de vacaciones no superior a 15 días, sin consentimiento expreso del otro progenitor o, en su defecto, de autorización judicial.

"2) Atribuir conjuntamente la guarda y custodia del hijo menor a ambos progenitores, y que se desarrollará en los términos siguientes:

"Se ejercerá por días, como es como hasta ahora se ha venido realizando sin que el niño resulte perjudicado, en concreto:

"El hijo permanecerá con la madre los martes y los jueves desde la salida de clase hasta al día siguiente que le llevará al colegio, así como los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes por la mañana al colegio; y con el padre, los lunes y los miércoles desde la salida de clase hasta el día siguiente, en que le llevará al colegio, así como el resto de los fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, que le incorporara al colegio.

"Si algunos de los indicados días fuera no lectivo o festivo, el progenitor que tuviera que llevarle al colegio le llevara al domicilio del otro progenitor a las 11 horas de la mañana.

"Al finalizar el período de guarda, cada progenitor deberá informar al otro por el conducto que encuentre más adecuado, de los aspectos relativos a la salud, tratamientos médicos etc. de la menor y devolver al otro progenitor con los libros, cuadernos y la documentación (DNI, tarjeta sanitaria, agenda escolar etc.) de la hija común.

"El periodo de lunes, martes, miércoles y jueves de custodia compartida quedan en suspenso en los periodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.



"Ambos progenitores tendrán derecho a comunicarse todos los días con su hijo, si lo estiman conveniente, en la franja horaria de 20 horas a 22 horas, para lo cual deberán tener operativos sus teléfonos.

"3) Se establecerá como periodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

"Periodo vacacional de Navidad: se distribuirá por mitad, que van desde el primer día de vacaciones hasta el primer día de colegio finalizadas las vacaciones, fijándose como primer periodo el que va desde la salida de clase hasta las 17 horas del 31 de diciembre y el segundo periodo el que va desde las 17 horas 31 de diciembre hasta el primer día de colegio.

"El primer periodo lo disfrutara el padre en los años pares y la madre el segundo y en los años impares a la inversa.

"La recogida de la menor se efectuará o bien a la salida del colegio, si se disfruta del primer periodo de vacaciones o en el domicilio del progenitor con el que esté el niño por el otro progenitor.

"No obstante el progenitor que no le corresponda tener consigo a su hijo el día de Nochebuena, podrá estar con él unas dos o tres horas a elegir antes de la hora de la cena.

"Igualmente podrá estar con él el día de Reyes unas horas, de dos a tres horas, debiendo en ambos casos ser comunicado al otro progenitor con suficiente antelación.

"Durante el periodo vacacional de Semana Santa, para la determinación de la mitad correspondiente a cada progenitor, más en concreto el disfrute del fin de semana que va de Jueves Santo a Domingo de Resurrección, estos procurarán llevarlo de común acuerdo y, en su defecto, este periodo o fin de semana largo de las vacaciones de Semana Santa, serán alternativos, por lo que si un año el padre ha tenido al hijo ese fin de semana (por ser par o impar), al año siguiente la tendrá la madre y así sucesivamente.

"Por lo que respecta a la recogida y entrega del hijo, se efectuará en el colegio o a las 17 horas el día intermedio en el domicilio del progenitor con que se encuentren el hijo por el otro progenitor.

"En el periodo vacacional de verano, se distribuirá en dos ternas:

"Terna A) comprenderá:

"Desde el primer día de vacaciones escolares hasta el 30 de junio.

"La segunda quincena de julio (del 16 al 31).

"Y segunda quincena de agosto (del 16 al 31).

"Terna B) comprenderá:

"Primera quincena de julio (del 1 al 16).

"Primera quincena de agosto (del 1 al 16).

"Y los primeros días de septiembre, hasta el inicio del curso escolar.

"Y el disfrute de las mismas será los años pares el padre disfrutará de la primera terna o terna A) y la madre de la segunda terna o terna B) y los años impares serán a la inversa, madre primera terna o terna A) y padre segunda terna o terna b).

"Los intercambios se producirán el día 1 y 16 de cada mes a las 17 horas, debiendo ser recogidas por el progenitor con quien van a disfrutar de dicho período del domicilio del otro progenitor, con el que estén conviviendo en ese momento o haya disfrutado de las vacaciones, salvo que deba ser recogido a la salida del colegio en el mes de junio, esto es al inicio de las vacaciones escolares o que deba ser llevado al colegio, respecto al mes de septiembre el día del inicio del curso escolar.

"Para el supuesto de que el hijo asista a campamentos, cursos de verano o al extranjero o similar, afecta las vacaciones de cualquiera de los progenitores, lo que reste de vacaciones del hijo se dividirá entre los dos progenitores, en el sentido de que si el niño acude a campamentos, a cursos en el extranjero por ej. veinte días en el mes de julio, el mes de agosto y los días de julio se mes de julio (sic), el mes de agosto y los días de julio se distribuirán al 50% entre los progenitores.

"El día del Padre o de la Madre, el niño podrá celebrarlo con aquél de los progenitores al que afecte la celebración; si se correspondiera con un día festivo en horario de 11h a 20.30h; y si se corresponde con un día laborable en horario comprendido de la salida de clase a fin de poder comer con el progenitor hasta las 20.30h y será recogido y entregado por el progenitor con quien deba celebrar dicho día en el domicilio del progenitor custodio en ese momento, salvo que proceda ser recogido a la salida del colegio.



"En todo caso, las entregas y recogidas del menor se realizarán por el progenitor correspondiente y en su defecto por terceras personas autorizadas.

"En lo referente a las celebraciones y acontecimientos de carácter familiar (bodas, comuniones, bautizos de tíos y primos directos) los suscritos se comprometen siempre que se les haya comunicado con suficiente antelación (como cinco a diez días antes) a facilitar la participación de su hija en ellas, de tal manera que si estuvieran bajo la custodia del progenitor ajeno este tendrá preparada a la menor con suficiente antelación a fin de que pueda acudir a dichas celebraciones y el niño le será reintegrada por el otro progenitor, si la fiesta/celebración hubiera sido de comida a las 22 horas y si fuera de tarde/cena a las 10/11 de la mañana del día siguiente a la celebración sin que ningún progenitor pueda poner traba alguna a ello, siempre y cuando se ponga en conocimiento por el progenitor afectado con la suficiente antelación.

"4) Que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental que se interesa, se solicita deberá ejercerse bajo plan de parentabilidad que se detalla en el hecho ocho apartado cuarto de esta demanda, que damos por reproducido.

"5) Que se acuerde/fije que domicilio del menor Basilio será:

"Durante las estancias del menor con su madre, este residirá con su madre, en el domicilio y propiedad privativa de ella, sito en Palencia C/ DIRECCION000 n.º NUM000 .

"Y durante las estancias del menor con su padre, éste residirá con el durante un plazo máximo de un año a contar de la fecha de presentación de esta demanda, en la vivienda que éste viene ocupando sin pagar renta ni merced alguna, propiedad privativa de Dña. Adolfinia , sita en Palencia C/ DIRECCION001 NUM001 debiendo hacer frente a todos los gastos que genere la misma incluida la Comunidad de Vecinos.

"Debiendo ser desalojado por D. Anibal transcurrido el indicado plazo.

"6) Que se acuerde que la pensión de alimentos del hijo Basilio .

"6-1) Que cada uno de los padres correrá con los gastos alimentarios de su hijo en sentido amplio, incluida la ropa salvo en su caso uniforme, en el sentido que cada progenitor tendrá la suya propia.

"6-2) Mientras el resto de gastos del hijo se puedan originar, al margen de los indicados en el plan de parentabilidad, serán abonados al 50% por ambos progenitores, entre los que figura, junto con los contemplados en el plan de parentabilidad, los siguientes:

"Los gastos médicos, quirúrgicos, prótesis y cualquier otra que no esté cubierta ni por la Seguridad Social ni por las pólizas ordinarias de seguro voluntario, si bien, y salvo casos de urgencia, debe de existir acuerdo entre los padres o bien resolución judicial acordando lo procedente.

"Gastos de educación se abonarán al 50% por ambos progenitores, la matrícula (del colegio, universidad, escuela etc.) o libros, material escolar que precise el hijo y le sean necesarios para los estudios, deducidas las posibles becas así como, clases complementarias y de apoyo escolar que precise.

"También será satisfecho al 50% por ambos progenitores, las cuotas mensuales que puedan devengarse por el hecho de que se decida que el hijo curse sus estudios de bachillerato o superiores, como universitario en colegios, escuelas o universidades de carácter privado, siempre que exista conformidad previa por ambos progenitores, y en caso de no existir esta, y por ende de haberse efectuado unilateralmente dicha inscripción o matrícula por un solo progenitor, dicho gasto correrá por cuenta del citado progenitor.

"Igualmente, será satisfecho al 50% por ambos progenitores para el supuesto que el hijo realice estudios superiores fuera de la localidad de la que sea su residencia o domicilio habitual en dicha fecha, los gastos de transportes y así mismo, se contribuirá por ambos progenitores si fuera necesario el 50% de la residencia o colegio mayor si fuera preciso o renta del piso que se alquile para dicha estancia, y siempre que la elección del mismo hubiere sido tomado de mutuo acuerdo o con consentimiento del otro progenitor.

"La asistencia a campamentos, cursos en el extranjero, etc., para ser abonados (el 50%) por ambos progenitores y siempre que la elección hubiere sido tomada de mutuo acuerdo por ambos o con consentimiento del otro progenitor, en caso contrario no se estará obligado al pago de la parte correspondiente.

"E igualmente, si media consentimiento o autorización por ambos progenitores, igualmente contribuirán al 50% a la obtención del carnet de conducir.

"7) De forma subsidiaria, en el hipotético supuesto de juzgarse la conveniencia de establecer un régimen de guarda y custodia individual, se solicita que se adopten las medidas siguientes:

"7-1) Que guarda y custodia del hijo, Basilio , sea atribuida a la madre.



"7-2) Que se establezca como régimen de visitas en favor del progenitor no custodio, el siguiente:

"El progenitor no custodio podrá comunicarse telefónicamente, por internet o cualquier otro medio con el hijo cuando lo estime conveniente, en horas oportunas a normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores, y en concreto todos los días podrá llamarle entre las 18 horas hasta las 21 horas.

"En fines de semana alternos desde el viernes a la salida de clase hasta el lunes que lo reintegrará al colegio.

"El régimen de visitas queda en suspenso en los periodos que disfruten con el otro progenitor de sus respectivas vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

"Si durante la semana escolar hubiera una fiesta, o se prolongase el periodo vacacional con los días intermedios, el "puente" corresponderá al progenitor con quien el niño haya de estar el domingo correspondiente, comprendido en dicho periodo vacacional. En tal sentido, dependiendo si el fin de semana o puente empieza el miércoles o el jueves, el menor será recogido por el padre el día que comience el fin de semana largo o el puente a la salida de clase, y si el fin de semana comprende el lunes o el martes, les reintegrará el día que finalice el puente al colegio.

"Una tarde entre la semana, que perfectamente pueden ser miércoles, y ello sin perjuicio del acuerdo a que lleguen los progenitores, a fin de que se lleve a cabo otro día de la semana. Para el ejercicio el padre, o tercera persona autorizada recogerá al niño a la salida del colegio el citado día, debiendo el padre reintegrarlo al domicilio familiar a las veinte treinta horas (20,30 horas).

"La mitad de los periodos vacacionales escolares o académicos de los menores en Navidad y Semana Santa, para cuyo cómputo se tendrán en cuenta los periodos que así lo sea en el lugar de residencia o domicilio del menor, sobre todo para el supuesto de que los padres residieran en distintas localidades y será en los mismos términos que el establecido en el apartado anterior.

"7-3) Que se establezca en concepto de pensión alimenticia para el hijo Basilio y con cargo a D. Anibal la cantidad mensual mínima de 500 a 600 Euros. Esta cantidad deberá ser actualizada anualmente según e IPC y será ingresada en la cuenta bancaria que se designe al efecto por la esposa/madre del uno al cinco de cada mes, por mensualidades anticipadas.

"Más el 50% de los gastos que genere el hijo descrito en el apartado anterior.

"8) Decrete la disolución de pleno derecho del régimen económico matrimonial.

"9) Y todo ello, con condena en costas a la parte demandada".

2.- El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

3.- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Anibal , representado por el procurador D. Juan Andrés García y bajo la dirección letrada de D. José M.ª Rebollo Rodrigo, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"Se declare la disolución matrimonial por divorcio de los cónyuges del matrimonio formado por don Anibal y doña Adolfinia .

"La patria potestad sobre los hijos menores se ejercerá por ambos progenitores en la forma que establece el artículo 156 del Código Civil, con los derechos y obligaciones inherentes a la misma, y sin más precisiones.

"El uso del que fue domicilio del matrimonio y del niño, sito en DIRECCION000 , será adjudicado a la madre y el uso del piso sito en la DIRECCION001 n.º NUM001 , donde vienen residiendo padre e hijo, desde la separación de hecho, al padre. Ambos residirán en los mismos, con el hijo menor.

"La guarda y custodia se ejercerá de la forma conjunta por los padres en la forma que se refiere en el suplico de la demanda, si bien con las siguientes matizaciones:

"En el segundo párrafo de la página 30 de la demanda, cuando se refiere a las entregas del lunes, el progenitor que tuviera que llevarle al colegio le llevara al domicilio del otro progenitor cuando el niño se levante, como se viene haciendo.

"Respecto a la comunicación del niño, a diario con el progenitor que no le custodie, se podrá hacer a lo largo del día, como hasta la fecha.

"Respecto al día de Nochebuena, el progenitor que no le corresponda ese día, podrá estar con el niño cuatro horas durante y después de la comida. Respecto al día de Reyes se aplicará lo mismo, según se viene haciendo.



"Respecto a las vacaciones de verano, los días últimos de junio (desde vacaciones escolares a julio), como se viene haciendo, cada progenitor disfrutará del niño días alternos (lunes y miércoles, martes y jueves y el fin de semana al que le corresponda). Los diez primeros días de septiembre, del uno al cinco estarán con Adolfinia y del 6 al 10 con Anibal .

"El día del padre o de la madre, como hasta la fecha, al que afecte la celebración estará con el niño, si es fiesta de 13 a 17 horas, y, si no lo es, desde la salida del colegio a las 17 horas.

"De no tener capacidad o idoneidad la madre, según el equipo psicosocial y el juez, para la custodia compartida, la custodia se ejercerá por Anibal , y se atenderá al régimen de visitas y estancias recomendado por el mismo.

"No procede fijar el régimen parental que se hace constar en el punto 8.4 de la demanda, remitiéndonos a la ley y, en caso de conflicto, a la tutela de los juzgados y tribunales.

"Pensión alimenticia.

"No obstante que se ejerza la custodia compartida por ambos progenitores, el desequilibrio patrimonial es tal entre ambos que debe abonarse por la demandante al demandado la cantidad mensual de 300 euros, actualizables anualmente conforme al IPC.

"Los gastos extraordinarios del menor serán abonados por cada cónyuge al 50%. De otorgarse la custodia exclusiva a Anibal , la pensión de alimentos que deberá abonar la madre será de 500 euros mensuales.

"Con expresa condena en costas a la demandante".

4.- En el otrosidigo el demandado formuló demanda reconvenicional contra Dña. Adolfinia en la que solicitó que se dicte sentencia por la que:

"Como efectos del divorcio que se debe decretar, además de las medidas que el tribunal debe acordar, interesadas en nuestra contestación a la demanda:

"Se fije pensión compensatoria consistente en la cesión al padre en propiedad de la vivienda ubicada en la DIRECCION001 n.º NUM001 , de Palencia, donde reside con su hijo desde junio de 2014. Subsidiariamente, de no atribuirse en propiedad, que se le conceda la cesión del uso hasta la independencia económica del hijo en común. De no fijarse la pensión compensatoria en especie, que se abone por parte de Adolfinia a Anibal , la cantidad de 400 euros mensuales que se ingresarán en la cuenta que se designe y actualizables anualmente conforme el IPC.

"Se fije como indemnización del artículo 1438 del Código Civil la cantidad de 3.000 euros.

"Con expresa condena en costas a la parte demandada en reconvenición si se opusiere a ello".

5.- Dña. Adolfinia , a través de su representación procesal contestó a la demanda reconvenicional solicitando se dictara sentencia:

"Desestimando aquella íntegramente con expresa imposición de costas al demandado reconviniente".

6.- El fiscal contestó a la demanda reconvenicional.

7.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Palencia se dictó sentencia, con fecha 16 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Pérez Puebla, en nombre y representación de Dña. Adolfinia , frente a D. Anibal , debo declarar y declaro la disolución del matrimonio contraído el día 12 de diciembre de 2008 entre ambos litigantes, por divorcio, al concurrir el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el tiempo legalmente establecido, con los efectos legales inherentes a este pronunciamiento, acordando las siguientes medidas definitivas:

"A. Plan de parentalidad.

"1.-Patria potestad se ejercerá por ambos progenitores, quienes velarán siempre por la preservación de los superiores intereses de su hijo menor. El ejercicio ordinario de la misma corresponderá a aquél de los progenitores con quien en cada momento se encuentre el menor, y serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

"2.-Guardia y custodia compartida.

"-Se ejercerá por días, como hasta ahora se ha venido realizando, en concreto: El hijo permanecerá con la madre los martes y los jueves desde la salida de clase hasta al día siguiente que le llevara al colegio, así como los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes por la mañana al colegio; y con



el padre, los lunes y los miércoles desde la salida de clase hasta el día siguiente, en que le llevará al colegio, así como el resto de los fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, que le incorporara al colegio.

"Si algunos de los indicados días fuera no lectivo o festivo, el progenitor que tuviera que llevarle al Colegio le llevará al domicilio del otro progenitor a las 11 horas de la mañana.

"Al finalizar el período de guarda, cada progenitor deberá informar al otro por el conducto que encuentre más adecuado, de los aspectos relativos a la salud, tratamientos médicos, etc. de la menor y devolver al otro progenitor con los libros, cuadernos y la documentación (DNI, tarjeta sanitaria, agenda escolar, etc.) de la hija común.

"El periodo de lunes, martes, miércoles y jueves de custodia compartida quedan en suspenso en los periodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

"Ambos progenitores tendrán derecho a comunicarse todos los días con su hijo, si lo estiman conveniente, en la franja horaria de 20 horas a 22 horas, para lo cual deberán tener operativos sus teléfonos.

"-Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

"Periodo vacacional de Navidad: se distribuirá por mitad, que van desde el primer día de vacaciones hasta el primer día de colegio finalizadas las vacaciones, fijándose como primer periodo el que va desde la salida de clase hasta las 17 horas del 31 de diciembre y el segundo periodo el que va desde las 17 horas 31 de diciembre hasta el primer día de colegio.

"El primer periodo lo disfrutara el padre en los años pares y la madre el segundo y en los años impares a la inversa.

"La recogida de la menor se efectuará o bien a la salida del colegio, si se disfruta del primer periodo de vacaciones o en el domicilio del progenitor con el que este el niño por el otro progenitor.

"No obstante el progenitor que no le corresponda tener consigo a su hijo el día de Nochebuena, podrá estar con él desde las 14:00 hasta las 18:00 horas de ese día.

"Igualmente el progenitor que no le corresponda tener consigo a su hijo el día de reyes podrá estar con él desde las 18:00 hasta las 22:00 horas.

"Durante el periodo vacacional de Semana Santa. Para la determinación de la mitad correspondiente a cada progenitor, más en concreto el disfrute del fin de Semana que va de Jueves Santo a Domingo de Resurrección, estos procurarán llevarlo de común acuerdo y, en su defecto, este periodo o fin de semana largo de las vacaciones de Semana Santa, serán alternativos, por lo que si un año el padre ha tenido a al hijo ese fin de semana (por ser par o impar), al año siguiente la tendrá la madre y así sucesivamente.

"Por lo que respecta a la recogida y entrega del hijo, se efectuara en el colegio o a las 17 horas el día intermedio en el domicilio del progenitor con que se encuentren el hijo por el otro progenitor.

"El periodo vacacional de verano comprenderá los siguientes periodos:

"A.- (variables, según calendario escolar). Desde el primer día de vacaciones escolares hasta el 30 de junio, y desde el 1 de septiembre hasta el inicio del curso escolar (ambos periodos variables según calendario escolar) y que se dividirá por mitades.

"B.-(fijos) julio y agosto se dividirán por quincenas (del 1/15 y del 16/31).

"Todos estos periodos se disfrutarán de forma alterna, de forma que el progenitor que disfrute la primera mitad del periodo de junio, le corresponderá la primera quincena de julio, la primera de agosto y la primera mitad de los días de septiembre. Por su parte, obviamente, el otro progenitor disfrutará los periodos alternos a los del primero.

"El primer periodo (primera mitad de los días de junio, primera quincena de julio, la primera de agosto y la primera mitad de los días de septiembre) corresponderá los años pares al padre, y los años impares a la madre.

"Los intercambios se producirán el día 1 y 16 de cada mes a las 17 horas, (debiendo ser recogidas por el progenitor con quien van a disfrutar de dicho periodo del domicilio del otro progenitor, con el que estén conviviendo en ese momento o haya disfrutado de las vacaciones, salvo que deba ser recogido a la salida del colegio en el mes de junio, esto es al inicio de las vacaciones escolares o que deba ser llevado al colegio, respecto al mes de septiembre el día del inicio del curso escolar.

"Para el supuesto de que el hijo asista a campamentos, cursos de verano o al extranjero o similar, y que afecta las vacaciones de cualquiera de los progenitores, lo que reste de vacaciones del hijo se dividirá entre los dos



progenitores al 50%, de forma que el disfrute para ambos del menor sea igualmente equitativo en cuanto a la distribución del tiempo restante de vacaciones.

"El día del Padre o de la Madre, el niño podrán celebrarlo con aquél de los progenitores al que afecte la celebración; si se correspondiera con un día festivo en horario de 11h a 20.30h; y si se corresponde con un día laborable en horario comprendido de la salida de clase a fin de poder comer con el progenitor hasta las 20.30h y será recogido y entregado por el progenitor con quien deba celebrar dicho día en el domicilio del progenitor custodio en ese momento, salvo que proceda ser recogido a la salida del colegio.

"A efectos fiscales y con el fin de evitar "problemas con la Agencia Tributaria", y más en concreto respecto a las desgravaciones por hijo a cargo contempladas en la legislación tributaria, se establece que el padre desgravará a la hija los años pares y la madre los años impares.

"Empadronamiento: El niño a efectos administrativos continuará empadronado en el domicilio de la madre, sito en Palencia, C/ DIRECCION000 N^a NUM000 .

"-Educación del menor: En los momentos actuales cursa sus estudios en el Colegio Concertado de DIRECCION002 (Palencia).

"Los estudios de ESO, Bachillerato o en su caso, Formación Profesional serán cursados en los centros que ambos progenitores de mutuo acuerdo decidan.

"El progenitor que ostente la custodia es el responsable de los traslados al colegio con puntualidad y de la recogida en el centro escolar.

"El seguimiento del rendimiento en los estudios corresponde al progenitor que en cada momento tenga consigo al menor, debiendo de mantener informado al otro progenitor.

"Las reuniones con profesores y tutores a fin de ser informados sobre los rendimientos e incidencias académicas del hijo solo pueden acudir los progenitores, nunca terceras personas, salvo casos excepcionales que podrán ir familiares directos. Debiéndose informar recíprocamente de cuando las mismas van a tener lugar, a fin de que el otro progenitor -y por lo tanto ambos progenitores- puedan acudir a recibir dicha información.

"Conforme a lo acordado, el menor en cada domicilio dedicará como mínimo todos los días de la semana de 1 a 2 horas al estudio, realización de las tareas escolares y preparación de sus exámenes o pruebas que puedan tener al día siguiente.

"Realizara al menos una o dos actividad deportiva o no académica, que los padres consideren más beneficiosa para el menor o sea de voluntad o interés del menor, que igualmente serán satisfechas al 50 % por ambos progenitores.

"Acudirá a actividades extraescolares, talleres y excursiones que organice el colegio a las que el niño quiera acudir y cuyo coste igualmente será satisfecho al 50% entre los progenitores.

"-El menor será asistido dentro de la red sanitaria en la que esté integrado cada progenitor.

"Canales habituales y formas de comunicación entre los progenitores:

"Para las cuestiones que sean de interés para el hijo nunca se utilizara a éste de intermediario ni de mensajero.

"En todo caso, las cuestiones más urgentes y que no admitan dilación por el propio interés del menor, se realizarán por vía telefónica o SMS. Para las restantes, y sin perjuicio de que los progenitores puedan utilizar la vía telefónica si así lo acuerdan, el intercambio de comunicación se hará por correo electrónico que ya obra en poder de cada uno respecto del otro.

"B. Pension de alimentos. Cada progenitor contribuirá al 50% de los gastos ordinarios y extraordinarios del menor. Constituyendo vivienda familiar la que en cada caso comparta el menor con su respectivo progenitor que tenga la guarda.

"En cuanto a la vivienda familiar cuando el menor esté bajo la guarda de su padre, se tendrá por tal la vivienda sita en la DIRECCION001 , n.º NUM001 hasta que el menor cumpla los 12 años.

"Que desestimando la demanda reconventional interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Andrés García, en nombre y representación de D. Anibal , frente a Dña. Adolfina , no ha lugar a pensión compensatoria.

"No se hace declaración alguna en materia de costas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Palencia dictó sentencia, con fecha 11 de marzo de dos mil veinte, cuya parte dispositiva es como sigue



"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Adolfinia contra sentencia dictada el día 16/12/2019 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Palencia en los autos de que dimana el presente rollo de sala, debemos confirmar como confirmamos mencionada resolución en todas sus partes, y todo ello sin hacer expresa pronunciamiento en las costas de esta alzada".

TERCERO .- 1.- Dña. Adolfinia interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo Primero.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 91 del Código Civil y el art. 96 del Código Civil pues contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo consistente en que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no se pueden atribuir viviendas o locales, distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Motivo Segundo.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia que la sentencia recurrida, así mismo, y sin perjuicio de que no estemos ante una vivienda familiar, ero por aplicación analógica, infringe el art. 96 del Código Civil y el art. 96 del Código Civil, pues contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo existente al respecto, es decir, establecido un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, la vivienda familiar no puede quedar para uno de ellos con exclusividad o por un periodo superior de un año.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de diciembre de 2020, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Juan Luis Andrés García, en nombre y representación de D. Anibal y el Ministerio Fiscal, presentaron escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de la demanda de divorcio contencioso promovida por la esposa.

Las partes manifestaron haber llegado a un acuerdo respecto de la guarda y custodia compartida del hijo menor en común, conforme a un plan de parentalidad consensuado.

En la sentencia de primera instancia, en la que se estima parcialmente la demanda interpuesta, además de la disolución del matrimonio y la guarda y custodia compartida, se acuerda, entre otras disposiciones, en cuanto a la atribución de la vivienda familiar, que cuando el menor esté bajo la guarda del padre se tendrá por tal la vivienda sita en la DIRECCION001 núm. NUM001 hasta que el menor tenga 12 años.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Contra la citada sentencia se interpone por la actora recurso de apelación, que es desestimado con confirmación de la sentencia de primera instancia.

Alega en el recurso la actora que la vivienda cuyo uso ha sido atribuida al demandado es propiedad de Dña. Adolfinia y no constituye la vivienda familiar, siendo el demandado propietario de otro inmueble en la ciudad al que se podría trasladar el menor cuando le corresponda el ejercicio de la custodia. Subsidiariamente, solicita la actora la concesión de pensión alimenticia para el menor durante el tiempo en el que conviviera con su madre.

Considera la sala que la vivienda objeto de discusión debe considerarse familiar porque, aunque no haya habitado en ella la madre, en la misma han habitado el demandado y su hijo desde 2014, con aquiescencia de la madre, que quedaría vinculada por sus propios actos. Y que estimar el recurso supondría el traslado del menor a otro domicilio que no se encuentra en las inmediaciones del colegio y de la residencia de la madre, con los traslados que conllevaría, y alejamiento del ambiente social en que se desenvuelve. Y que procedería, en consecuencia, una interpretación analógica del art. 96 CC de la previsión del precepto para los casos en los que no hubiera hijos, al caso enjuiciado. Todo ello sin que proceda el establecimiento de la pensión alimenticia solicitada.

3.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por la madre recurso de casación fundado en dos motivos:



A) El primero, por infracción del art. 96 CC, por considerar que la sentencia impugnada contradecía la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que establece que, en los procedimientos matrimoniales sin consenso, no se puede atribuir el uso de viviendas o locales distintos al que constituya domicilio familiar (STS 284/2012, de 9 de mayo).

Todo ello por cuanto la vivienda familiar durante el matrimonio fue otra (en concreto, la sita en la DIRECCION000 NUM000 , de propiedad exclusiva de la recurrente), y que la vivienda cuyo uso atribuye la sentencia impugnada no tiene el carácter de vivienda familiar, pero se le atribuye dicho carácter por el simple hecho de que la recurrente consintió en que el demandado la usara durante la crisis matrimonial.

Y, así, el demandado percibiría los ingresos de alquiler de otra vivienda que tiene en su propiedad en la misma ciudad, además de sus ingresos netos por razón de su trabajo de unos 2.500 euros al mes, que le permitirían cubrir los gastos de habitación en otro lugar si quisiera.

B) Y, en segundo motivo, también por infracción del art. 96 CC, al considerar, en todo caso, que se contradecía la doctrina jurisprudencial que determina que establecido un régimen de custodia compartida la atribución del uso de la vivienda debe de ser temporal con un periodo que no debe ser superior a un año, mientras que en el caso enjuiciado se ha atribuido el uso de una vivienda que no es familiar por un periodo de cuatro años, sin abonar pensión alguna, cuando el demandado dispone de otra vivienda de su propiedad que tiene actualmente alquilada y percibe ingresos mensuales que triplican a los de la recurrente.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

Se estiman los dos motivos, analizados conjuntamente.

En el recurso se alega que la vivienda que ocupan el padre y el hijo, no es una "vivienda familiar" *strictu sensu*, sino una vivienda privativa de la madre, que durante un tiempo cedió al padre.

Esta sala debe declarar que en la sentencia recurrida se la considera vivienda familiar, porque en ella viven el padre y el hijo, sin embargo, es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 del C. Civil, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio (sentencias 42/2017, de 23 de enero y 517/2017, de 22 de septiembre).

A la vista de lo expuesto, debemos casar la sentencia recurrida en cuanto en la sentencia de apelación atribuye al padre la vivienda de DIRECCION001 núm. NUM001 de Palencia, cual si fuese familiar, cuando no lo era, dado que la que fue vivienda familiar estaba en DIRECCION000 NUM000 , también privativa de la demandante y en la que esta reside en la actualidad.

Tampoco puede considerarse un acto propio vinculante la cesión temporal de la vivienda de la DIRECCION001 a su marido dado que, como liberalidad que fue, se puso término a la misma en virtud de demanda de desahucio interpuesta en el año 2019.

Establece la Jurisprudencia:

"El principio general de derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente – sentencias, por citar tan sólo en las recientes, de 18 Ene. 1990, 5 Mar. 1991, 4 Jun. y 30 Oct. 1992, 12 y 13 Abr. y 20 May. 1993, 17 Dic. 1994, 31 Ene., 30 May. y 30 Oct. 1995, 21 Nov. 1996, 29 y 30 Abr., 12 May., 15 Jul., 30 Sep. y 30 Nov. 1998, 4 Ene., 13 Jul., 1 Oct. y 16 Nov. 1999 23 May., 25 Jul. y 25 Oct. 2000, 27 Feb., 16 y 24 Abr. y 7 May. 2001, y un largo etcétera".

En aplicación de dicha doctrina hemos de convenir que la demandante cedió en precario la vivienda sin compromiso de permanencia, dado que el demandado tiene otra vivienda de su propiedad en la que puede residir, por lo que la conducta de la demandante se ajusta a la buena fe y no contradice su actuación anterior.

En virtud de lo expuesto, se casa parcialmente la sentencia recurrida y se deja sin efecto la atribución a D. Anibal de la vivienda no familiar sita en Palencia, DIRECCION001 núm. NUM001), cuyo desalojo deberá efectuarse en el procedimiento de desahucio entablado, dado que esta sala, en sede de proceso matrimonial, no puede atribuir ni desalojar vivienda que no sea familiar (sentencia 284/2012, de 9 de mayo).

TERCERO.- *Costas y depósito.*

Estimado el recurso de casación no ha lugar a imposición de costas, conforme establece el art. 398.2 de la LEC y procede la devolución del depósito constituido en su momento al recurrente.



FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Adolfinia contra la sentencia de 11 de marzo de 2020 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palencia (apelación 73/2020).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida y se deja sin efecto la atribución a D. Anibal de la vivienda no familiar sita en Palencia, DIRECCION001 núm. NUM001 3.º- No ha lugar a imposición de costas del recurso, y procede la devolución del depósito al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ