



Roj: **STS 3888/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3888**

Id Cendoj: **28079110012016100507**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **2187/2015**

Nº de Resolución: **522/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2015 dictada en recurso de apelación núm. 145/2015 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dimanante de autos de juicio de divorcio núm. 335/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Elías, representado por el procurador D. Eugenio Alonso Ayllón, bajo la dirección letrada de D. Rafael Rubio Muriedas, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Sonia de la Serna Blázquez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Petra representada por la procuradora Dña. Silvia Fernández Velasco bajo la dirección letrada de Dña. Silvia Nuño Rivero y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La procuradora Dña. Laura Fernández-Mijares Sánchez, en nombre y representación de Dña. Virtudes, interpuso demanda de divorcio y de medidas provisionales coetáneas, contra D. Elías, con la participación del Ministerio Fiscal conforme el art. 749 de la LEC y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se decrete la disolución del matrimonio por causa de divorcio contraído por los mismos, acordando la adopción de las siguientes medidas solicitadas en el cuerpo de este escrito, y en concreto las siguientes:

I.- Se decrete la disolución del matrimonio.

II.- Se acuerde la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija menor, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

III.- Se apruebe el régimen de visitas acordado por los esposos en el convenio regulador por ellos suscrito con fecha de 26 de abril de 2.010, de forma que el padre podrá visitar a su hija y tenerla en su compañía siempre que lo desee y que estén de acuerdo ambos progenitores, fijándose como régimen mínimo para el caso de discrepancias el siguiente:

A) Fines de semana.

El padre disfrutará de visitas con su hija los fines de semana alternos recogiéndola el viernes a la salida del colegio y pasando en su compañía hasta el lunes por la mañana, llevándola el padre al colegio.

En caso de que bien el viernes o el lunes no haya colegio, por ser día no lectivo, la recogida o entrega se realizará el día anterior o posterior que sea lectivo.

El fin de semana inmediato posterior a la finalización de un período vacacional se atribuirá al progenitor que no haya disfrutado de la compañía de la hija.

**B) Régimen de visitas por semana.**

El padre tendrá en su compañía a la menor la tarde de los miércoles, por espacio de tres horas, desde las catorce horas a la salida del colegio, hasta las diecisiete horas, respetando las actividades extraescolares de la menor.

C) Régimen de vacaciones.

La menor pasará la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, así como un mes en el verano con cada uno de los progenitores, correspondiendo a la madre la elección de los referidos períodos vacacionales los años pares y al padre los años impares.

D) Régimen de comunicaciones.

El padre podrá comunicarse telefónicamente con su hija con la periodicidad adecuada, tanto durante la semana como en los períodos de vacaciones, este mismo derecho lo tendrá la madre mientras la hija se encuentre en compañía del padre.

Las comunicaciones respetarán los horarios escolares y de descanso de la menor.

Cuando la hija alcance una edad que se estime adecuada, catorce años, el padre le facilitará un teléfono móvil para poder comunicarse con ambos, siendo de su cuenta todos los gastos.

IV.- Se adjudique el uso del domicilio familiar a la esposa e hija.

V.- Se señale de cargo del padre, en concepto de pensión alimenticia para la hija menor, la cantidad mensual de 460 euros, que habrá de abonar por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes en una cuenta bancaria que al efecto señale la madre. Cantidad que será revisada anualmente conforme a las variaciones sufridas por el IPC.

Debiendo ser los gastos extraordinarios que por el menor se generen afrontados por mitad entre ambos progenitores.

Igualmente será de cargo del esposo los gastos y suministros que la vivienda genere.

VI.- Se fije a favor de D^a Virtudes y de cargo de Don Elias , en concepto de pensión compensatoria por el desequilibrio económico que la disolución del matrimonio le produce, la cantidad mensual de 200 euros mensuales, que Don Anibal habrá de abonar por meses adelantados y dentro de los cinco primeros días de cada mes en una cuenta bancaria que al efecto señale la esposa. Cantidad mensual que será revisada anualmente conforme a las variaciones sufridas por el IPC.

VII.- Se decrete la disolución del régimen económico del matrimonio.

Todo ello con expresa imposición de las costas al demandado si se opusiera a la demanda».

2.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, interesando al juzgado:

«Se dicte sentencia que declare la improcedencia de lo solicitado, si en el curso del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda. Y en caso de sentencia estimatoria se resuelva sobre la guarda y custodia, alimentos y régimen de visitas de los hijos menores».

3.- El procurador D. Eugenio Alonso Ayllón, en nombre y representación de D. Elias , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que:

I.- Se decrete el divorcio del matrimonio.

II.- Se acepta que la patria potestad sea compartida.

No habiendo solicitado la madre ninguna medida sobre el particular, esta parte solicita que en cuanto a la educación de la hija, actividades extraescolares, viajes formativos y en general todo lo relacionado con la educación de la hija deberá ser acordado por ambos progenitores previamente.

Sobre la guarda y custodia.

A)) Petición principal: guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia será compartida.



Ambos progenitores deberán someterse a mediación obligatoria para superar todas las diferencias que tengan en el ejercicio de la guarda y custodia y patria potestad.

El mediador será consensuado por ambas partes y en caso de que no haya consenso se solicitará su designación judicial.

La falta de sometimiento a la mediación por alguna de las partes podrá implicar la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor.

El régimen de guarda y custodia podrá ser aquel que se estime más conveniente por S.S^a., si bien esta parte propone el siguiente:

La guarda y custodia compartida implicará que la hija pase a vivir en los respectivos domicilios de sus padres por turnos semanales alternativos. El cambio de custodia se realizará los domingos a las 19:00, en el lugar que de mutuo acuerdo acepten, y en su defecto en el domicilio que el progenitor que comience su período de custodia con su hija.

Transitoriamente y hasta el momento en el que la madre disponga de una vivienda o esté en situación de alquilar una, la guarda y custodia se realizará en la vivienda de titularidad de D. Elías, por el que el uso de la misma se atribuye a la hija. Serán, por tanto, los padres quienes tengan que salir del domicilio y quienes deberán buscarse un alojamiento. Esta atribución será revisada, en todo caso, a los dos años.

Régimen de visitas.

La semana en la que la hija no esté en su compañía, la madre o el padre podrán disfrutar de una visita las tardes de los miércoles, recogiéndola a la salida del colegio y llevándola al domicilio que comparta con el otro progenitor a las 19:00 horas,

Estableciéndose igualmente como días de visita y en todo caso para ambos progenitores, el día de Nochebuena y Reyes, el cumpleaños del padre, de la madre, el día del padre y el día de la madre, el día del niño y el cumpleaños de la hija, pudiendo en este último caso acudir ambos padres a la celebración social que la hija realice o bien limitarse a una visita, siendo el horario para todas estas visitas de 14:00 horas a 17:00, y el lugar de recogida en defecto de acuerdo a la salida del colegio y en su defecto el domicilio que la hija comparte con el progenitor que en ese momento la tenga en su compañía, que será donde se entregue.

En el caso de que la hija estuviera enferma en cualquiera de las visitas, esta se realizará y finalizará igualmente salvo prohibición médica expresa.

Las actividades extraescolares de la hija se organizarán de tal forma que no obstaculicen de ninguna manera las visitas.

Vacaciones.

En cuanto a las vacaciones, los padres podrán llegar a cuantos acuerdos tengan por conveniente en cuanto a la modificación de los turnos para posibilitar hacer viajes con la menor, debiendo estar ambos a la recíproca.

En Navidades, como quiera que cada uno de los progenitores está una semana con su hija, siempre pasarán con cada progenitor o bien el día de Nochebuena o bien el día de Nochevieja.

En Semana Santa, igualmente siempre pasará una parte con el padre y otra con la madre, ya que el cambio de custodia se hará el Domingo de Resurrección.

Durante el verano, se suspenderá el turno rotatorio semanal, estando la menor, salvo acuerdo, cuatro semanas consecutivas con cada progenitor. Este turno vacacional comenzará la primera semana que correspondiese al primer turno de custodia del mes de julio y se extenderá, como se dijo, hasta el domingo en el que se complete la cuarta semana, momento en el que se iniciará el turno del otro progenitor.

Finalizadas estas cuatro semanas, se volverá al turno semanal.

Decisiones sobre la educación de la hija y actividades extraescolares.

Las partes deberán llegar a acuerdos sobre las actividades extraescolares, viajes formativos y todo lo relacionado con la educación de su hija.

Caso de que esos acuerdos no se alcancen, deberán someterse a mediación obligatoria Régimen de comunicaciones.

Ambos progenitores deberán fomentar la comunicación de su hija con el otro progenitor personalmente o por los medios adecuados incluso telefónicos o telemáticos con una periodicidad adecuada, tanto durante la

semana como en los períodos de vacaciones; así como entre ellos al objeto de alcanzar acuerdos con respecto al correcto desempeño y toma de decisiones que correspondan al ámbito de la patria potestad.

Las comunicaciones respetarán los horarios escolares y de descanso de la menor, es decir, sin interferir ni alterar sus horarios ni disponer de ella más allá de lo establecido hasta aquí.

Así tanto el padre como la madre deberán mantener informado al otro progenitor de todas las circunstancias que afecten a la vida de su hija de la forma más amplia posible, y en todo caso de aquellas relevantes que afecten a la salud y formación competencial, escolar, humana y afectiva de su hija.

Pensión de alimentos de la hija menor.

A las mismas contribuye automáticamente D. Elias mediante la atribución de la vivienda que resulta ser de su privativa titularidad, abonando todos los gastos que la misma genera.

Adicionalmente, durante el período en que la hija está en su compañía, D. Elias le prestará todo lo necesario para su alimentación, sustento y vestido.

Gastos extraordinarios.

Los gastos extraordinarios serán sufragados por ambos progenitores al cincuenta por ciento.

13) Petición subsidiaria: Atribución al padre de la guarda y custodia.

En ese caso, se establecerá un régimen de visitas idéntico al que se solicita a favor del padre para el caso de que sea a la madre a la que le adjudiquen la guarda y custodia.

Igualmente, se solicita una pensión de alimentos idéntica a la que propone el padre para el caso de que la guarda y custodia se conceda a la madre.

III.- Por lo expuesto más arriba, nos oponemos al régimen de visitas solicitado.

Caso de que se atribuya la custodia a la madre, mostramos disconformidad al régimen de visitas y vacaciones introduciendo sobre las visitas y vacaciones propuestas por la contraparte las siguientes modificaciones:

Visitas.

En aquellas semanas en las que el padre no vaya a tener atribuido una visita el siguiente fin de semana, se solicita que haya dos visitas semanales con pernocta, proponiendo esta parte que las mismas tengan lugar los martes y los jueves, recogiénola el padre a la salida del colegio y llevándola al centro escolar a la mañana siguiente.

En aquellas semanas en las que el padre vaya a tener atribuido el fin de semana siguiente, la visita con pernocta sería únicamente el martes, pasando la tarde del jueves con el padre, quien la reintegrará al domicilio familiar a las 20 horas.

Para una mejor aplicación de este régimen, las actividades extraescolares deberán ser previamente consensuadas por los cónyuges.

Estas visitas de la tarde con pernocta, se realizarán con independencia que el día sea lectivo o no. En caso de que sea festivo, se recogerá a la niña en su domicilio a las 12 horas.

Vacaciones verano.

El período de vacaciones estivales se fijará en atención al calendario escolar de la niña y se distribuirá de la siguiente manera:

En los años pares le corresponderá la elección del mes de vacaciones a la madre y al padre en los impares, lo que se deberá comunicar antes del 15 de mayo de cada año.

Una vez comunicado, el período que transcurre en el mes de junio desde el día siguiente al inicio de las vacaciones escolares al día 1 de julio, corresponderá al progenitor que no tenga a su hija hasta agosto. La recogida se hará a las 14 horas del primer día vacacional y la entrega el día 1 de julio a las 14 horas.

El período de quien disfrute con su hija el mes de agosto se iniciará con su entrega el día 1 de agosto a las 14 horas y finalizará el día 1 de septiembre a las 14 horas.

Los días de septiembre que transcurran desde la entrega el día 1 hasta el día inmediato anterior al inicio del Colegio, los disfrutará el progenitor que no haya estado con su hija el mes de agosto. En caso de que sea el padre quien disfrute de estos días, regresará la niña a la casa de la madre a las 14 horas del día anterior al inicio de la actividad escolar.



Finalizado este período, se volverá a las visitas de fin de semana, disfrutando la primera de ellas en compañía de su hija el progenitor que no la hubiese tenido en su compañía durante el último período vacacional.

IV.- El uso de la vivienda familiar será atribuido al padre, al ser el titular privativo de la misma.

En caso de que se atribuya el uso de la vivienda a la hija y a la madre, esta atribución no alcanzará a la plaza de garaje.

V.- Como pensión de alimentos, caso de que la custodia se atribuya a la madre, el padre abonará a su hija la cantidad de 200.-€ mensuales, revisables anualmente desde la fecha de la sentencia que se dicte en estos autos conforme a la variación experimentada por el índice de precios al consumo durante el período anual siguiente al mes en el que se dicte la sentencia, y así sucesivamente.

Conforme con que los gastos extraordinarios deban ser asumidos por ambos progenitores por iguales partes.

En caso de que la vivienda sea ocupada por la madre, nos oponemos a que sea mi mandante quien asuma los gastos y suministros que la vivienda genere, siendo de su exclusiva cuenta.

VI.- No ha lugar a pensión compensatoria.

Para el hipotético caso que se estableciese, se deberá establecer la limitación temporal de dos años desde su fijación en instancia.

VII.- Conforme con que se decrete la disolución del régimen económico matrimonial.

Justicia que solicito.».

Y posteriormente formuló demanda reconventional frente a Dña. Virtudes , en la que exponiendo el hecho y fundamento jurídico que estimó aplicable, suplicó al juzgado que se dictara una sentencia:

«Por la que con estimación de la presente demanda se establezca el régimen de custodia compartida de la menor Azucena , con sometimiento a mediación obligatoria de ambos progenitores para superar las diferencias que puedan tener en el ejercicio de la guarda y custodia y patria potestad, de conformidad con la siguiente regulación:

Se establezca la guarda y custodia compartida, siendo igualmente compartida la patria potestad por ambos progenitores.

Ambos progenitores deberán someterse a mediación obligatoria para superar todas las diferencias que tengan en el ejercicio de la guarda y custodia y patria potestad.

El mediador será consensuado por ambas partes y en caso de que no haya consenso se solicitará su designación judicial.

La falta de sometimiento a la mediación por alguna de las partes podrá implicar la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor.

El régimen de guarda y custodia podrá ser aquel que se estime más conveniente por S.S.^a, si bien esta parte propone el siguiente:

La guarda y custodia compartida implicará que la hija pase a vivir en los respectivos domicilios de sus padres por turnos semanales alternativos. El cambio de custodia se realizará los domingos a las 19:00, en el lugar que de mutuo acuerdo acepten, y en su defecto en el domicilio que el progenitor que comience su período de custodia con su hija.

Transitoriamente y hasta el momento en el que la madre disponga de una vivienda o esté en situación de alquilar una, la guarda y custodia se realizará en la vivienda de titularidad de D. Elias , por el que el uso de la misma se atribuye a la hija. Serán, por tanto, los padres quienes tengan que salir del domicilio y quienes deberán buscarse un alojamiento. Esta atribución será revisada, en todo caso, a los dos años.

Régimen de visitas.

La semana en la que la hija no esté en su compañía, la madre o el padre podrán disfrutar de una visita las tardes de los miércoles, recogiéndola a la salida del colegio y llevándola al domicilio que comparta con el otro progenitor a las 19:00 horas.

Estableciéndose igualmente como días de visita y en todo caso para ambos progenitores, el día de Nochebuena y Reyes, el cumpleaños del padre, de la madre, el día del padre y el día de la madre, el día del niño y el cumpleaños de la hija, pudiendo en este último caso acudir ambos padres a la celebración social que la hija realice o bien limitarse a una visita, siendo el horario para todas estas visitas de 14:00 horas a 17:00, y el lugar



de recogida en defecto de acuerdo a la salida del colegio y en su defecto el domicilio que la hija comparte con el progenitor que en ese momento la tenga en su compañía, que será donde se entregue.

En el caso de que la hija estuviera enferma en cualquiera de las visitas, esta se realizará y finalizará igualmente salvo prohibición médica expresa.

Las actividades extraescolares de la hija se organizarán de tal forma que no obstaculicen de ninguna manera las visitas.

Vacaciones.

En cuanto a las vacaciones, los padres podrán llegar a cuantos acuerdos tengan por conveniente en cuanto a la modificación de los turnos para posibilitar hacer viajes con la menor, debiendo estar ambos a la recíproca.

En Navidades, como quiera que cada uno de los progenitores está una semana con su hija, siempre pasarán con cada progenitor o bien el día de Nochebuena o bien el día de Nochevieja.

En Semana Santa, igualmente siempre pasará una parte con el padre y otra con la madre, ya que el cambio de custodia se hará el Domingo de Resurrección.

Durante el verano, se suspenderá el turno rotatorio semanal, estando la menor, salvo acuerdo, cuatro semanas consecutivas con cada progenitor. Este turno vacacional comenzará la primera semana que correspondiese al primer turno de custodia del mes de julio y se extenderá, como se dijo, hasta el domingo en el que se complete la cuarta semana, momento en el que se iniciará el turno del otro progenitor.

Finalizadas estas cuatro semanas, se volverá al turno semanal.

Decisiones sobre la educación de la hija y actividades extraescolares.

Las partes deberán llegar a acuerdos sobre las actividades extraescolares, viajes formativos y todo lo relacionado con la educación de su hija.

Caso de que esos acuerdos no se alcancen, deberán someterse a mediación obligatoria.

Régimen de comunicaciones.

Ambos progenitores deberán fomentar la comunicación de su hija con el otro progenitor personalmente o por los medios adecuados incluso telefónicos o telemáticos con una periodicidad adecuada, tanto durante la semana como en los períodos de vacaciones; así como entre ellos al objeto de alcanzar acuerdos con respecto al correcto desempeño y toma de decisiones que correspondan al ámbito de la patria potestad.

Las comunicaciones respetarán los horarios escolares y de descanso de la menor, es decir, sin interferir ni alterar sus horarios ni disponer de ella más allá de lo establecido hasta aquí.

Así tanto el padre como la madre deberán mantener informado al otro progenitor de todas las circunstancias que afecten a la vida de su hija de la forma más amplia posible, y en todo caso de aquellas relevantes que afecten a la salud y formación competencial, escolar, humana y afectiva de su hija.

Pensión de alimentos de la hija menor.

A las mismas contribuye automáticamente D. Elias mediante la atribución de la vivienda que resulta ser de su privativa titularidad, abonando todos los gastos que la misma genera.

Adicionalmente, durante el período en que la hija está en su compañía, D. Elias le prestará todo lo necesario para su alimentación, sustento y vestido.

Gastos extraordinarios.

Los gastos extraordinarios serán sufragados por ambos progenitores al cincuenta por ciento.

Petición subsidiaria:

Se solicita la atribución al padre de la guarda y custodia.

En ese caso, se establecerá un régimen de visitas idéntico al que se solicita a favor del padre para el caso de que sea a la madre a la que le adjudiquen la guarda y custodia.

Se solicita la atribución del uso de la vivienda al padre y a la hija.

Igualmente, se solicita una pensión de alimentos idéntica a la que propone el padre para el caso de que la guarda y custodia se conceda a la madre.

Por ser todo Justicia que solicito».



4.- El Fiscal contestó a la reconvencción oponiéndose a la misma exponiendo los hechos y fundamentos jurídicos en los que se basó para solicitar:

«Se dicte sentencia en la que se declare la improcedencia de lo solicitado en la reconvencción».

5.- La procuradora Dña. Laura Fernández-Mijares Sánchez, en representación de Dña. Virtudes , contestó a la reconvencción con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando al juzgado:

«Se dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Virtudes , se adopten las medidas en ella solicitadas, desestimando la demanda reconvenccional interpuesta por D. Elias .

Todo ello con expresa imposición de las costas al demandante reconvenido».

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo se dictó sentencia, con fecha 13 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda presentada por Dña. Virtudes contra D. Elias debo declarar y declaro la disolución del matrimonio, por razón de divorcio, contraído por ambas partes el día 16 de agosto de 2003, inscrito en el Registro Civil de Aller, acordando las siguientes medidas:

1) La guarda y custodia de la hija habida en el matrimonio, Azucena , se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, con una alternancia semanal, comenzando la progenitora, debiendo ser recogida el domingo a las 19 horas en el domicilio donde se encuentre, por el progenitor que le corresponda iniciar la semana.

2) Se atribuye la patria potestad a ambos progenitores, de forma compartida, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del Código Civil .

A tenor de dichos preceptos, las decisiones a adoptar respecto a los hijos comunes, diarias, habituales, ordinarias o rutinarias, que se produzca en el normal transcurrir de sus vidas, se adoptarán por el progenitor que, en ese momento, se encuentra en compañía de su hijo, sin previa consulta, ni consenso con el otro progenitor. Criterio aplicable en los casos en que concurra una situación de urgencia.

Por contra, aquellas decisiones que son trascendentales y afectan notablemente al desarrollo de los hijos menores, exigen previa comunicación y consentimiento conjunto, por ambos progenitores, y a la falta del mismo, autorización judicial o concesión de la facultad de decisión a favor de uno de los progenitores, sin ulterior recurso (art. 156 C. Civil (La Ley 1/1889)). Así, las decisiones relativas a la elección o cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo; las relativas a cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal o psicológico, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro; decisiones relativas a la intervención, etc., en celebraciones religiosas (realización del acto religioso y forma de llevarse a cabo) sin que tenga prioridad el progenitor al que le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar, en fiestas escolares, etc.; decisiones relativas a la contratación de actividades extraescolares necesarias o de refuerzo o que constituyan gastos extraordinarios.

Para ello, establecerán el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias (correo electrónico, burofax, telegrama, etc.); obligándose a respetarlo y a cumplirlo prohibiéndose que se utilice a los hijos como correo. Realizada la comunicación y transcurrido el plazo concedido para manifestar la oposición, motivos y/ o propuesta, se entenderá que concurre consentimiento tácito.

Ambos progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos esenciales que afecte a su hija y, concretamente, tienen derecho a que se les facilite toda la información académica, los boletines de evaluación y a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del Centro Escolar, tanto si acuden ambos como si lo hacen por separado. De igual manera, tienen derecho a obtener información médica de su hija y a que les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

3) Se establece el siguiente régimen de visitas, estancias y comunicaciones con su hija, a regir subsidiariamente, es decir, en defecto de otro acuerdo entre los progenitores:

- Para el progenitor que esa semana no esté en compañía de su hija, los martes y jueves, recogiénola a la salida del colegio y llevándola al domicilio del otro progenitor a las 19 horas.

- Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano; eligiendo, en caso de desacuerdo, la madre los años pares y el padre los impares, preavisando, con una antelación mínima de un mes.

- Cada progenitor favorecerá y facilitará la comunicación telefónica o por cualquier otro medio entre los menores y el progenitor en cuya compañía no se encuentre aquél, siempre que se realice en horas que no interrumpa su estudio y/o descanso.



4) Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda que ha constituido el hogar, así como el del ajuar y mobiliario doméstico a la esposa, hasta la liquidación del régimen económico matrimonial.

5) Se fija como pensión de alimentos a abonar a favor de la menor:

- Cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el período que estén bajo su guarda y custodia.

- Don Elias abonará, en concepto de pensión de alimentos, a favor de su hija, la cantidad de 300 euros mensuales, a abonar con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que Doña Virtudes designe a tal efecto.

6) Se fija como pensión compensatoria a favor de la demandante y con cargo al demandado, la cantidad de 200 euros mensuales, con una duración temporal de 2 años, a contar desde la fecha de la presente resolución.

Ambas pensiones se abonarán, por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la demandante.

Las mismas se actualizarán, automáticamente y anualmente, cada uno de enero, a tenor de la variación interanual del IPC (computado de diciembre a diciembre) publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

7) Los gastos extraordinarios devengados por el hijo menor de edad se abonarán por ambos progenitores en la siguiente proporción: 70% el padre y 30% la madre; teniendo la consideración de tal además de los de dentista, los imprevistos y/o imprevisibles a esta fecha que guarden relación con el contenido del art. 142 del Código Civil y sean necesarios. Previamente a su contratación, salvo en los supuestos de urgencia (en los que en caso de desacuerdo se solicitará aprobación judicial), el progenitor custodio debe consensuarlos con el no custodio, para ello le comunicará por cualquier medio fehaciente su necesidad e importe, y en caso de no mostrar su acuerdo, expreso o tácito (por dejar transcurrir el plazo concedido para contestar, sin alegar nada), se recabará autorización judicial (artículo 156 del Código Civil).

Criterio a seguir salvo en el caso de que haya que acometer un gasto urgente o cuya demora suponga un grave daño o perjuicio al menor de que se trate, bastando, en este caso, recabar aprobación judicial de negarse el progenitor contrario a sufragarlo en la proporción que le corresponde.

Sin hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales devengadas en esta primera instancia».

Y con fecha 3 de febrero de 2015 se dictó auto cuya parte dispositiva deniega la aclaración en su parte dispositiva:

«Se desestima el recurso de aclaración y complemento presentado por el procurador Sr. Alonso Ayllón, confirmando íntegramente la sentencia de 13 de enero de 2015 ».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia, con fecha 29 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Dña. Virtudes frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Oviedo, en autos de juicio de divorcio seguidos con el núm. 335/12, la que revocamos en el solo particular de extender la asignación del uso de la vivienda que fue familiar a dicha recurrente hasta la fecha en la que la hija de los litigantes alcance la mayoría de edad.

Confirmamos sus restantes pronunciamientos sin hacer expresa imposición de las costas aquí causadas».

TERCERO.- 1.- Por D. Elias se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- Al amparo del art. 477.2.3.º, por vulneración o aplicación indebida del art. 96 del Código Civil , en relación a los arts. 348 del mismo cuerpo legal y el art. 33 de la Constitución , en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 , 29 de mayo de 2015 , de 10 de febrero de 2006 y 5 de septiembre de 2011 (pleno), en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuido a la esposa, como interés más necesitado de protección, en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, habiéndose resuelto en contra a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fijación temporal en dos años desde la sentencia dictada en casación para la atribución de la vivienda de titularidad privativa de un progenitor.



Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 17 de febrero 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 únicamente el Fiscal presentó escrito solicitando la desestimación del recurso de casación interpuesto no ejerciendo este derecho la parte recurrida personada.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

En lo que al extremo objeto de recurso interesa, se presenta demanda de divorcio por la madre, con solicitud de custodia exclusiva sobre la menor (nacida el NUM000) a su favor y demás medidas inherentes, así como el dictado de medidas provisionales. Se dicta Auto en fecha 4 de julio de 2012, atribuyéndose la custodia sobre la menor a la madre, con las demás medidas inherentes, entre ellas la atribución del uso de la vivienda familiar a la menor así como a la madre.

Contestada la demanda por el padre, hoy recurrente, interesa la custodia compartida, de modo que la menor vaya al domicilio de cada progenitor en cada turno, y transitoriamente y hasta que la madre disponga de vivienda, se desarrollaría en la vivienda de titularidad del padre, atribuyéndose el uso a la hija, debiendo salir los padres del domicilio, atribución que sería revisada en todo caso a los dos años.

En fecha de 13 de enero de 2015, se dicta sentencia de divorcio, en la que se acuerda la guarda y custodia compartida semanal y, a pesar de que la vivienda es propiedad del padre, en atención a que la esposa no tiene otra a su disposición y a que carece de recursos, atribuye el uso de la misma a la esposa hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, y establece una pensión de alimentos a abonar por el padre a la hija de 300,00 euros mensuales, contribuyendo a los gastos extraordinarios de la menor, el padre en un 70% y la madre en el restante 30%, se acuerda igualmente una pensión compensatoria a cargo del esposo y a favor de la esposa, de 200, 00 euros mensuales durante dos años .

Frente a dicha sentencia recurre en apelación la Sra. Virtudes , reclamando, en esencia, lo mismo que en el suplico de su contestación a la demanda, y por tanto la custodia de la menor a su favor, derecho de visitas a favor del padre, una pensión de alimentos de 460,00 euros a su cargo y uso de la vivienda para ella y la menor hasta que esta alcance la mayoría de edad.

Mediante sentencia de fecha 29 de mayo de 2015 , la Audiencia estima en parte el recurso de apelación en el extremo relativo exclusivamente al uso de la vivienda, asignando dicho uso a la madre hasta que la hija alcance la mayoría de edad, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Frente a ello se recurre en casación, al amparo del 477.2 ordinal 3º de la LEC, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS. Se cita como precepto legal infringido el artículo 96, en relación con el art. 348, ambos del CC , en la interpretación contenida en las STS de fecha 24 de octubre de 2014 , 29 de mayo de 2015 , 10 de febrero de 2006 y 5 de septiembre de 2011 (pleno) en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuida a la esposa, como interés más necesitado de protección, en supuesto de guarda y custodia compartida, habiéndose resuelto en contra de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS de fijación temporal en dos años desde la sentencia dictada en casación para la atribución de la vivienda de titularidad privativa de un progenitor.

Alega que la atribución del uso de la vivienda debe estar presidida por las notas de temporalidad y provisionalidad, tal y como resulta de SSTS como la de 10 de febrero de 2006 . Alega igualmente que la Ley que regula la custodia compartida en el País Vasco de 30 de junio de 2015, establece para el uso de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, la posibilidad de la atribución al no propietario, pero de forma temporal y por un plazo máximo de dos años, revisable si se mantienen las circunstancias que presidieron su atribución.

En el caso objeto de este recurso, pese a fijarse una guarda y custodia compartida, se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor alcance la mayoría de edad, la cual nació en NUM000 . Alega el recurrente que, en consecuencia, se le priva del uso de su vivienda por casi diez años. Alega que la STS de 24 de octubre de 2014 , en un supuesto prácticamente igual al suyo, fijó que la atribución del uso de la vivienda privativa del padre a favor de la madre, se debía limitar a dos años desde el dictado de la sentencia de casación, aún en el caso de que el hijo del matrimonio fuera menor de edad.



En la sentencia de primera instancia, como se expuso, se atiende a la mala situación económica de la madre; y en la recurrida en casación, se ahonda en dicho extremo, frente a la situación del esposo, que reside en una casa arrendada y cuyos ingresos oscilan entre los 1500 y 2000 euros mensuales; si bien estima que el término fijado en dicha sentencia, el de liquidación de la sociedad de gananciales, es excesivamente breve, y lo fija hasta que la hija alcance la mayoría de edad.

Solicita por tanto, el recurrente, que se acuerde limitar la atribución del uso de la vivienda a un período que no exceda de dos años desde el dictado de la sentencia por el TS, en consonancia con el criterio establecido en la STS de 24 de octubre de 2014 .

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de casación.

SEGUNDO .- Motivo único. Al amparo del art. 477.2.3.º, por vulneración o aplicación indebida del art. 96 del Código Civil , en relación a los arts. 348 del mismo cuerpo legal y el art. 33 de la Constitución , en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 , 29 de mayo de 2015 , de 10 de febrero de 2006 y 5 de septiembre de 2011 (pleno), en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuido a la esposa, como interés más necesitado de protección, en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, habiéndose resuelto en contra a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fijación temporal en dos años desde la sentencia dictada en casación para la atribución de la vivienda de titularidad privativa de un progenitor.

Se cita como precepto legal infringido el artículo 96, en relación con el art. 348, ambos del CC , en la interpretación contenida en las STS de fecha 24 de octubre de 2014 , 29 de mayo de 2015 , 10 de febrero de 2006 y 5 de septiembre de 2011 (pleno) en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuida a la esposa, como interés más necesitado de protección, en supuesto de guarda y custodia compartida, habiéndose resuelto en contra de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS de fijación temporal en dos años desde la sentencia dictada en casación para la atribución de la vivienda de titularidad privativa de un progenitor.

Alega que la atribución del uso de la vivienda debe estar presidida por las notas de temporalidad y provisionalidad, tal y como resulta de SSTS como la de 10 de febrero de 2006 . Alega igualmente que la Ley que regula la custodia compartida en el País Vasco de 30 de junio de 2015, establece para el uso de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, la posibilidad de la atribución al no propietario, pero de forma temporal y por un plazo máximo de dos años, revisable si se mantienen las circunstancias que presidieron su atribución.

En el caso objeto de este recurso, pese a fijarse una guarda y custodia compartida, se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor alcance la mayoría de edad, la cual nació en NUM000 . Alega el recurrente que, en consecuencia, se le priva del uso de su vivienda por casi diez años. Alega que la STS de 24 de octubre de 2014 , en un supuesto prácticamente igual al suyo, fijó que la atribución del uso de la vivienda privativa del padre a favor de la madre, se debía limitar a dos años desde el dictado de la sentencia de casación, aún en el caso de que el hijo del matrimonio fuera menor de edad.

En la sentencia de primera instancia, como se expuso, se atiende a la mala situación económica de la madre; y en la recurrida en casación, se ahonda en dicho extremo, frente a la situación del esposo, que reside en una casa arrendada y cuyos ingresos oscilan entre los 1500 y 2000 euros mensuales; si bien estima que el término fijado en dicha sentencia, el de liquidación de la sociedad de gananciales, es excesivamente breve, y lo fija hasta que la hija alcance la mayoría de edad.

Solicita por tanto, el recurrente, que se acuerde limitar la atribución del uso de la vivienda a un período que no exceda de dos años desde el dictado de la sentencia por el TS, en consonancia con el criterio establecido en la STS de 24 de octubre de 2014 .

TERCERO .- Respuesta de la Sala.

Se estima el motivo.

Son datos no controvertidos, que contrajeron matrimonio el 16 de agosto de 2003.

La esposa es diplomada en empresariales (dato no discutido) y nació el NUM002 de 1970.

El esposo es abogado en ejercicio y nació el NUM001 de 1970.

La común hija nació el NUM000 .

Ambos disponen de apoyo familiar suficiente (FDD segundo de la sentencia del juzgado).

Pese al sistema de custodia compartida se ha fijado a cargo del padre una pensión de alimentos de 300 euros para la hija, y el padre afrontará el 70% de los gastos extraordinarios, dada la disparidad de ingresos,



puesto que la esposa tenía una muy escasa experiencia laboral (4 meses y siete días), no habiendo trabajado, prácticamente, durante el matrimonio, todo ello en base a la proporcionalidad entre los ingresos y las necesidades (art. 146 C. Civil).

Se fijaron 200 euros mensuales, durante dos años como pensión compensatoria a favor de la esposa.

El padre recibía retribuciones como abogado de 1.700 euros mensuales, de media.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se valoró que los intereses más necesitados de protección son el de la madre y la niña, pues no poseen otra vivienda diferente de la familiar, ni cuenta la progenitora con medios para afrontar la contratación de una nueva, por lo que asigna la vivienda familiar (privativa del padre) hasta la mayor edad de la hija.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 24 de octubre de 2014; rec. 2119 de 2013 :

«Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014 , entre otras).

Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que restar por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los períodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda; aspecto en que debe casarse la sentencia.

Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida y que sería deseable que uno y otro pudieran responder al nuevo régimen que se crea con la medida. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido, y, por lo tanto, ha debido calcular su momento. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad, y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas».

Aplicada la referida doctrina al supuesto de autos, debemos recordar que se ha valorado con acierto en la sentencia recurrida que el interés preponderante es el de la menor, pero debe evaluarse si el tiempo por el que fija la adscripción de la vivienda (privativa del esposo) es acorde o no con el principio de proporcionalidad, dado que el art. 96.3 del C. Civil , exige que el plazo sea prudencial

El Juzgado fijó el momento de la desafectación de la vivienda, en la liquidación de la sociedad de gananciales.

El ahora recurrente lo determina en dos años desde el dictado de la sentencia de casación, tiempo que debemos considerar más razonable y ponderado que el establecido en la sentencia recurrida, si tenemos en cuenta que desde la interposición de la demanda en mayo de 2012, han transcurrido cuatro años, unido a los dos que acepta el recurrente, se le estaría confiriendo, en la práctica, a la esposa un período de seis años para restablecer su situación económica.



El pedimento del recurrente es congruente con sus peticiones hasta el momento y más beneficioso para la demandante, pues si bien el juzgado determinó que ostentaría la posesión de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, esta ya se llevó a efecto en el convenio regulador. Por lo que este nuevo plazo que admite el ahora recurrente resulta más beneficioso para la demandante que el obtenido del juzgado en la sentencia de primera instancia, que el esposo no recurrió.

Estimado el recurso de casación y asumiendo la instancia, debemos declarar que la vivienda familiar, privativa del esposo, queda asignada a la menor y su madre, durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación, plazo que prudencialmente se establece a tenor de lo dispuesto en el art. 96.3 del C. Civil, aplicado analógicamente.

CUARTO .- Estimado el recurso no procede imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC).

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. Elias , contra sentencia de 29 de mayo de 2015 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo . **2.º**- Casamos parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de declarar que la vivienda familiar, privativa del esposo, queda asignada a la menor y su madre, durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. **3.º**- No procede imposición de costas de la casación. **4.º**- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. **5.º**- Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos. 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. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.