



Roj: **STS 50/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:50**

Id Cendoj: **28079110012019100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2019**

Nº de Recurso: **1559/2018**

Nº de Resolución: **30/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 30/2019**

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1559/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1559/2018

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 30/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 17 de enero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2018, dictada en recurso de apelación 615/2016, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante de autos de juicio de familia sobre divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Málaga; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Ezequias , representado en las instancias por el procurador D. José Luis Torres Beltrán, bajo la dirección letrada de Dña. María Soledad Benítez-Piaya Chacón, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Lourdes Fernández-Luna Tamayo en calidad de recurrente y en calidad de recurrida se persona Dña. Zaira , representada por la procuradora Dña. Paloma Barbadillo Gálvez, bajo la dirección letrada de Dña. Sonia Díaz Centeno y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Zaira , representada por el procurador D. Avelino Barrionuevo Gener y asistida de la letrada Dña. Sonia Díaz Centeno, interpuso demanda de juicio de divorcio en materia de familia contra D. Ezequias y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"En la que se determine:

"1.º- El divorcio de los cónyuges.

"2.º- Las siguientes medidas en relación con los hijos:

"A) Titularidad y ejercicio de la patria potestad. No existe ningún obstáculo para que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad de los hijos del matrimonio sea compartido entre ambos progenitores.

"B) Guarda y custodia de los hijos.- La atribución a mi representada de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, tal y como se ha venido desarrollando la convivencia diaria ha sido el progenitor que se ha ocupado directamente del cuidado y atención de los menores.

"C) Régimen de visitas para el progenitor no custodio:

"Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio/guardería hasta las 18 horas del domingo en el domicilio materno en invierno y las 20 horas en verano.

"Miércoles desde la salida el colegio/guardería hasta las 20 horas en verano y las 18 horas en invierno que los retornará al domicilio materno.

"Vacaciones.-

"Durante el primer año de vigencia de las medidas y dada la edad los menores José y Gregorio el régimen de vacaciones de los menores con sus progenitores se establezca :

"Mitad de períodos vacacionales de Navidad, periodo que comprende desde el primer día no lectivo a las 10 horas de la mañana hasta las 18 horas del día 6 de enero.

"Mitad de vacaciones semana blanca, Semana Santa dos periodos desde viernes a la salida del colegio/guardería hasta miércoles a las 18 horas y segundo periodo desde miércoles a las 18 horas del domingo en el domicilio materno.

"Por lo que respecta al periodo vacacional de verano, entendiendo por tal los meses de julio y agosto, le corresponderá a cada progenitor por semanas alternas de forma tal que los períodos elegidos no se correspondan con un quince días continuado.

"A partir del segundo año de vigencia de las medidas las vacaciones escolares de los menores serán:

"Mitad de períodos vacacionales de Navidad, periodo que comprende desde el primer día no lectivo a las 10 horas de la mañana hasta las 18 horas del día 6 de enero.

"Mitad de vacaciones Semana Blanca, Semana Santa dos periodos desde viernes a la salida del colegio/guardería hasta miércoles a las 18 horas y segundo periodo desde miércoles a 18 horas del domingo en el domicilio materno.

"Por lo que respecta al periodo vacacional de verano, entendiendo por tal los meses de julio y agosto, le corresponderá a cada progenitor por quincenas alternas de forma tal que los períodos elegidos no se correspondan con un mes continuado.



"Durante los períodos vacacionales se suspende el régimen de visitas de fines de semana y entre semana. Los períodos vacacionales serán elegidos los años pares por el padre y los impares por la madre. Se establece como fecha límite 1 mes antes del inicio del período vacacional para elegir los períodos vacacionales del año que corresponda.

"Todas las entregas y recogidas que no se realicen en el colegio/guardería se realizarán por el progenitor no custodio en el domicilio materno.

"D) La atribución del uso de la vivienda familiar, vivienda sita en DIRECCION000 (Málaga) DIRECCION001 Parcela NUM000, se atribuya a la esposa por ser el cónyuge bajo cuya guarda quedan los hijos del matrimonio.

"E) Pensión alimenticia para los hijos. Se fije como pensión alimenticia mensual a favor de los menores la cantidad de ochocientos cincuenta euros mensuales (750.-€) mensuales (250.-€ cada menor). Cantidad que será ingresada los cinco primeros días del mes en la cuenta corriente de la entidad bancaria que la esposa designe para ello. Dicha pensión será actualizada conforme a las variaciones que experimente el IPC en enero de cada año.

"F) Gastos extraordinarios. El padre se haga cargo del cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios de sus hijos, entendiéndose por gastos extraordinarios: a) aquellos gastos médicos o quirúrgicos, incluidos los dentales, farmacéuticos, oftalmológico, etc. que no estén cubiertos por la seguridad social o seguro privado; b) los gastos extraordinarios de educación, tales como clases complementarias, actividades extraescolares, material de estudio, libros, uniforme, etc.

"G) Se determine que el esposo abone el 50% de la hipoteca que grava el domicilio familiar y seguros de la vivienda, IBI y Comunidad de propietarios y cuotas de préstamos de financiación de vehículos y demás cargas.

"La condena en costas al demandado si se opusiera a estas pretensiones".

**2.-** El fiscal compareciendo en las actuaciones y evacuando el traslado del emplazamiento interesa al juzgado dicte sentencia de conformidad con el resultado de la vista y de las pruebas que se interesen en la misma.

**3.-** El demandado D. Ezequias, representado por el procurador D. José Luis Torres Beltrán y bajo la dirección letrada de Dña. María Soledad Benítez Playa Chacón, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que estimando la presente demanda se decreta:

"1.- El divorcio del matrimonio contraído por D. Ezequias y Dña. Zaira.

"2.- Atribuir conjuntamente la guarda y custodia de los hijos menores a ambos progenitores, que se desarrollará por semanas alternas. El día y lugar de recogida será el lunes a la salida del colegio o guardería en su caso.

"3.- En cuanto al régimen vacacional (vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y semana blanca) los menores disfrutarán la mitad de las mismas con cada progenitor de la siguiente forma:

"Semana Blanca: Se repartirá entre ambos progenitores por mitad, comenzando por el último día escolar a las 16 horas hasta las 20,00 horas del día inmediatamente anterior al del inicio de la actividad escolar. Corresponderá al padre el primer período en los años pares y el segundo en los impares.

"Las vacaciones de Semana Santa, se repartirán entre ambos progenitores por mitad, comenzando el Viernes de Dolores a las 16,00 horas y finalizando el Domingo de Resurrección a las 20,00 horas, produciéndose el cambio el miércoles a las 16,00 horas. Corresponderá al padre el primer período en los años pares y el segundo en los impares.

"La mitad de las Vacaciones escolares de Navidad entendiéndose en las mismas dos períodos. El primero comprende desde la terminación de las clases lectivas del último día escolar a las 16,00 horas hasta las 18,00 horas del día 30 de Diciembre. El segundo desde las 18,00 horas del día 30 de Diciembre hasta las 20,00 horas del último día festivo o no lectivo. En ambos períodos vacacionales, corresponderá al padre el primer período en los años pares y el segundo en los impares.

"La mitad de las vacaciones escolares de verano, que se distribuirán por quincenas durante los meses de Julio y Agosto, correspondiendo al padre el primer período en los años pares y el segundo en los impares.

"En cuanto al período vacacional correspondientes a los meses de Junio y Septiembre, corresponderá al padre la parte correspondiente al mes de Junio los años impares y a la madre le corresponderá la parte correspondiente del mes de Septiembre, y en los años pares corresponderá a la madre la parte correspondiente al mes de Junio y al padre la correspondiente al mes de Septiembre.



- "Los menores serán recogidos a las 16,00 horas del último día escolar debiendo ser reintegrados a las 20,00 horas del día anterior al inicio de la actividad escolar.
- "4.- En concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos menores, cada progenitor abonará los gastos que se produzcan en su vida ordinaria durante el período que pase con los mismos, abonando los gastos extraordinarios por mitad.
- "En principio y sin perjuicio de cualesquiera otros que pudieran surgir, tendrán la consideración de gastos extraordinarios y por tanto a cargo de ambos, los médicos y quirúrgicos no cubiertos por la seguridad social, así como los libros, material escolar y uniforme de principio de curso.
- "5.- Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar sito en DIRECCION001 , DIRECCION000 , Málaga, a Doña. Zaira y a los menores, en tanto se proceda a la liquidación del patrimonio común con una limitación de tres años.
- "6.- En lo que respecta a las cargas hipotecarias, de la que ambos son partícipes con otras tres personas, abonarán el 50% de la proporción que les corresponde. No procederá abonar las cuotas de la comunidad de propietarios por cuanto no existe tal comunidad.
- "7.- Una vez sea firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente.
- " Subsidiariamente, en el caso de no ser concedida la guarda y custodia compartida, es nuestro interés solicitarla para el padre.
- "- En cuanto al régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor no custodio, se fije un régimen basado en criterios de flexibilidad si bien en caso de desacuerdo, se establezca el siguiente régimen amplio de visitas:
- "- Fines de semana alternos desde la salida del colegio o guardería el viernes, hasta el lunes a la hora de entrada en el centro. Si se diera una situación de puente o día festivo, estos se unirán al fin de semana que corresponda, disfrutándolo el progenitor que en esos momentos tenga a los menores consigo, y en el horario anteriormente establecido.
- "- Igualmente, la semana que por alternancia le corresponda tener el fin de semana a los menores podrá disfrutar también de una tarde entre semana (miércoles) desde la salida de la guardería o colegio hasta las 20,00 horas; y la semana que no le corresponda podrá tenerlos en el mismo horario los martes y jueves.
- "- En cuanto al régimen vacacional se distribuirán en la forma interesada para el régimen de custodia compartida.
- "- Doña Zaira , deberá abonar en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos menores la cantidad de cuatrocientos cincuenta euros (450.-€) mensuales, ciento cincuenta euros (150.-€) mensuales para cada hijo, debiéndolo ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada al efecto por Don Ezequias .
- "Dicha cantidad se incrementará anualmente conforme a las variaciones del IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.
- "- Que la esposa satisfaga el 50% de los gastos extraordinarios de sus hijos, entre los que deben estar los médicos y quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social así como los libros, material escolar, uniforme de principio de curso, y las actividades extraescolares cuando hayan sido consensuadas previamente.
- "- Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar sito en DIRECCION001 , DIRECCION000 , Málaga, al esposo y a los menores, en tanto se proceda a la liquidación del patrimonio común con un límite de tres años.
- "- En lo que respecta a las cargas hipotecarias, de la que ambos son partícipes con otras tres personas, abonarán el 50% de la proporción que les corresponde. No procederá abonar las cuotas de la comunidad de propietarios por cuanto no existe tal comunidad.
- "- Una vez sea firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente".
- 4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Málaga se dictó sentencia, con fecha 30 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallo. Estimar la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Zaira contra D. Ezequias y en consecuencia debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados con todos los efectos legales, acordando como medidas definitivas las siguientes:

"1.º- La guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad será compartida entre ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

"a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.

"b) Elección inicial o cambio de centro escolar.

"c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

"d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).

"e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

"Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s.

"2.º- Los menores estarán con el padre los siguientes períodos:

"a) Fines de semana alternos desde la salida del colegio (o 16 horas si no es lectivo) hasta el domingo a las 20:00 horas.

"Igualmente estarán con el padre martes y jueves desde la salida del colegio (o 16 horas si es no lectivo), hasta las 20:00 horas. Pernoctarán con el padre y los reintegrará al colegio el día siguiente, el jueves anterior y el martes posterior al fin de semana que le corresponda a la madre.

"b) En los períodos vacacionales los menores estarán con cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares. A tal fin se establecen los siguientes periodos.

"- Semana Santa y semana blanca: primer período desde el último día lectivo a las 18 horas hasta el miércoles siguiente a las 10 horas. Segundo período desde dicho miércoles a las 10 horas hasta el domingo siguiente a las 20 horas.

"- Navidad: primer período desde el último día lectivo a las 18 horas hasta el día 30 de diciembre a las 18 horas. Segundo período desde las 18 horas del día 30 hasta el día 6 de enero a las 18 horas.

"- Verano: La mitad de las vacaciones estivales en quincenas (salvo el último período en su caso) desde el día siguiente a la finalización del curso escolar a las 18 horas hasta el día antes del inicio del curso a las 18 horas. Hasta que los menores cumplan diez años, el progenitor que no tenga consigo a los menores durante las quincenas de verano podrá tener a los de esa edad en su compañía el día intermedio de tales quincenas desde las 12 a las 20 horas.

"Los años pares corresponderá al padre el primer período y los impares a la madre y así alternativamente. Los menores se recogerán por el progenitor a quien correspondan en el domicilio donde se encuentren los menores.

"El resto del tiempo estarán con la madre.

"El progenitor que no tenga consigo a los menores podrá comunicar con estos telefónicamente todos los días a las 20 horas.

"El inicio del reparto del tiempo de estancias será el segundo fin de semana siguiente a la notificación de esta resolución a cualquiera de las partes.

"Finalizados los períodos vacacionales corresponderá el primer fin de semana al progenitor que haya disfrutado el primer período vacacional anterior. Durante los períodos vacacionales queda interrumpido el régimen de estancias semanal.



"Se apercibe a las partes de que el incumplimiento del régimen de estancias fijado podrá dar lugar a la imposición de multa coercitiva o modificación del régimen de guarda conforme a lo previsto en el artículo 776 de la LEC.

"3.º- El uso y disfrute de la vivienda que hasta ahora ha sido el domicilio familiar así como de sus anejos (trastero y aparcamiento) si existiesen se atribuye a la madre e hijos. La hipoteca que grava la vivienda familiar se abonará por mitad entre las partes. Los gastos corrientes de suministros (agua, luz,...etc.) así como de comunidad serán abonados por quien ocupa la vivienda. El IBI se abonará por mitad entre las partes.

"4.º- Previo inventario, el otro cónyuge podrá retirar de dicho domicilio los bienes y objetos de uso personal o profesional. En el término de cinco días desde que le sea comunicada esta resolución el progenitor a quien no se haya atribuido el uso del domicilio familiar deberá abandonarlo, bajo el apercibimiento de que si así no lo hace será lanzado.

"5.º- Se fija como pensión alimenticia en favor de los hijos menores la cantidad mensual de 550 euros que deberá ingresar el padre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que el cónyuge designe ante este Juzgado. Dicha cantidad se incrementará o disminuirá conforme a las variaciones del índice general de precios al consumo (I.P.C.), actualizándose anualmente de forma automática.

"La madre abonará los gastos, no estrictamente alimentarios de los menores. Cada progenitor abonará los gastos de alimentación de los menores durante el tiempo que estén con él.

"Los gastos extraordinarios que genere el menor tales como médicos no cubiertos por la Seguridad Social, profesores de apoyo y similares serán abonados por mitad entre los padres.

"6.º- Se requiere a ambos progenitores se abstengan de generar situaciones de tensión físicas o verbales en presencia de los hijos menores así como realizar cualquier manifestación de estos que suponga demérito o menosprecio del otro de los progenitores.

"Cada parte abonará sus propias costas".

Y con fecha 24 de febrero de 2016 se dictó auto denegando la subsanación o aclaración de la sentencia solicitada por la parte demandada.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada e impugnada la sentencia por el demandante, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, con fecha 6 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de D. Ezequias y la impugnación formulada por la representación procesal de Dña. Zaira, ambos frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga, en los autos de divorcio núm. 636/14, a que este rollo de apelación civil se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución e imponemos, a la parte apelante, las costas procesales devengadas en esta alzada, correspondientes al recurso de apelación, y a la parte impugnante las correspondientes a la impugnación".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Ezequias se interpuso recurso de casación por razón del interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Vulneración del art. 92 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicho precepto, así como del art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor y art. 39 de la Constitución. Infracción de la doctrina jurisprudencial referente a que la atribución de la custodia compartida conlleva el reparto de los tiempos de estancia de los menores de forma equitativa entre ambos progenitores, evitándose así desequilibrios en los tiempos de presencia, doctrina determinada entre otras en las STS 133/2016, de 4 marzo, recurso 1/2015, STS 283/2016, de 3 de mayo, recurso 1099/2015, STS 758/2013, de 25 de noviembre, recurso 2637/2012, y STS 658/2015, de 17 de noviembre, recurso 1889/2014.

Motivo segundo.- Infracción de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo sobre el art. 92 del Código Civil, del interés del menor en concepto de custodia compartida y como inciden tales criterios en el reparto equitativo de los tiempos de estancia de los menores con cada progenitor. Errónea interpretación de la doctrina jurisprudencial.

Motivo tercero.- Vulneración del criterio legal de los obligados a dar alimentos de los arts. 145, 151, 154, y 93 del Código Civil y 39.1, 39.3 de la Constitución Española.

Motivo cuarto.- Vulneración del art. 146 del Código Civil y flagrante oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de pensión de alimentos a favor de hijos menores en cuanto se



contraria la interpretación del art. 146 CC y el principio de proporcionalidad en sentencias 586/2015, de 21 de octubre, 395/2015, de 15 de julio, 749/2002, de 16 de julio y 161/2017, de 8 de marzo.

Motivo quinto.- En relación con el establecimiento de una pensión alimenticia en custodia compartida, entendemos se produce vulneración del art. 96.2 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre el art. 96.2 del CC, dado que al haberse acordado la guarda y custodia compartida procedería, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, entender que ya no existe una vivienda familiar sino dos, por lo que no puede existir una adscripción expresa de la vivienda y se deben imponer límites temporales a su uso.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de julio de 2018, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Paloma Barbadillo Gálvez, en nombre y representación de Dña. Zaira, presentó escrito de oposición al mismo; asimismo el fiscal se opuso también al recurso de casación interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia recurrida, con las siguientes alegaciones:

"La recurrente no se atiene a los hechos que se determinan en el fundamento tercero, al señalar que: "Olvida el recurrente que la sentencia en cuanto al particular objeto del recurso no está falta de motivación dado que se remite a lo que se razonó en el auto de medidas provisionales en el que ya se estableció la custodia compartida y con un reparto de tiempo prácticamente igual al que se dispone en sentencia y, olvida también que fue él el que mostró conformidad en la atribución de la vivienda familiar a madre e hijos, conformidad que no se puede supeditar al hecho de que se disponga un reparto u otro de tiempos de estancia de los menores con cada progenitor, porque ello es tanto como ignorar el interés de los menores y anteponer su propio interés al de sus hijos.

"Olvida también el recurrente que el hecho de que se disponga una custodia compartida no implica que no se impongan obligaciones alimenticias en favor de los hijos y a cargo de uno de los progenitores lo que es factible cuando exista disparidad de ingresos entre ambos, cual ocurre en el caso...o cuando concurren circunstancias que hagan necesaria la fijación de tal aportación económica, cual ocurre en esta litis dado que los menores le guste o no al recurrente, pasan mayor tiempo en compañía de la madre que en la del padre situación que ya se producía de hecho desde prácticamente la ruptura, estando los menores adaptados al sistema y al tiempo de estancia con cada progenitor, lo cual determina la necesidad de fijar una mínima contribución alimenticia paterna".

"Silenciado la recurrente que la madre abonará los gastos no estrictamente alimentarios con lo cual igualmente se dispone la contribución materna al sostenimiento de los hijos".

"Por todo ello, debemos oponernos a los referidos motivos sobre la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda manteniéndose lo establecido en sentencia.

"SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto, interesa de la sala que tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto y proceda a confirmar la sentencia recurrida, con las consecuencias legales que de ello se deriven".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

#### 1.- Acción ejercitada y sentencia de primera instancia:

El presente recurso de casación trae causa de demanda de juicio de divorcio promovido por la esposa en el que, entre otras determinaciones, solicitaba la atribución de la guarda y custodia de los tres hijos menores del matrimonio (nacidos, respectivamente, en 2008 y 2012) y el establecimiento de una pensión alimenticia en su favor por importe de 750 euros al mes.

La sentencia de primera instancia, además de la disolución del vínculo matrimonial, acordó atribuir la guarda y custodia de los tres hijos menores de forma compartida entre ambos progenitores, con atribución al padre un periodo de custodia consistente, principalmente, en fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas, e igualmente los menores permanecerán con el padre martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas, y pernoctarán con el padre y los reintegrará al colegio al día siguiente, el jueves anterior y el martes posterior al de semana que le corresponda a la madre.



Asimismo, se determina el establecimiento de una pensión alimenticia con cargo al padre por importe de 550 euros para los tres hijos y la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre e hijos.

## 2.- Sentencia de segunda instancia.

Frente a la citada resolución, se interpuso por el padre recurso de apelación, mostrando su disconformidad, no con la custodia compartida acordada, sino con el reparto establecido de estancias de los hijos con cada progenitor, pues el sistema de reparto más que establecer un régimen de guarda y custodia compartida establecería para el padre apelante un régimen de visitas y comunicaciones reducido.

La sala de apelación desestima el recurso de apelación interpuesto, con confirmación de la resolución impugnada, al considerar que el régimen de guarda y custodia compartido resulta ser el más adecuado, pues los progenitores residen en domicilios próximos en la misma localidad, los dos cuentan con el apoyo de sus familias extensas, poseen buenas capacidades parentales, habiendo estado ambos implicados en la crianza y educación de los menores, y cuentan entre ambos de un entendimiento mínimamente razonable.

Considera la sala que el hecho de que la distribución de tiempos de estancia no sea igualitaria, no supone infracción alguna por cuanto la custodia compartida no equivale a una distribución igualitaria del tiempo de estancia de los hijos con ambos progenitores, resultado debidamente atendido el interés de los menores, sin que se haya probado por el apelante que la alternancia semanal pueda resultar más beneficiosa para aquellos. Recuerda también la sala de apelación que este fue el régimen adoptado por los padres tras la ruptura y fue el mismo que se adoptó en la pieza separada de medidas provisionales.

La Audiencia Provincial confirma, asimismo, el importe de la pensión alimenticia establecida, atendiendo al mayor importe de ingresos del padre y dado que los menores pasan más tiempo con la madre que en compañía del padre, y la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa y a los hijos, pues ésta se habría realizado con su conformidad, sin que ésta pueda considerarse supeditada a otros condicionamientos.

## 3.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por el padre recurso de casación, que se funda en varios motivos: por infracción del art. 92 CC, en relación con el art. 2 de la Ley 1/1996 y art. 39 CE, por entender que la custodia compartida conlleva el reparto de los tiempos de estancia de los menores de forma equitativa entre ambos progenitores, evitándose desequilibrios en los tiempos de presencia; por infracción del art. 92 CC, al considerar que la solución dada en la resolución impugnada chocaría con el interés de los menores, al determinar un sistema de estancias en el que los menores pernoctarían con el padre 8 días al mes, y 22 con la madre, considerando que el reparto de tiempo claramente iría en perjuicio del interés de los niños, no sólo por ser desigualitario, sino también por el sistema complejo acordado, que va en contra del establecimiento de una rutina en su vida; por infracción de los arts. 145, 151, 154 y 93 CC y 39.1 y 3 CE, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por infracción del art. 146 CC, al entender que se infringiría el principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia en favor de los hijos menores, solicitando la estancia en periodos iguales de estancia con los niños, y que las partes satisfagan directamente los alimentos en su propio domicilio; por infracción del art. 96.2 CC, por entender que al haberse adoptado un régimen de guarda y custodia compartida en la resolución impugnada no procedería, de acuerdo con la jurisprudencia invocada, una adscripción permanente de la vivienda sin limitación del derecho de uso.

En apoyo a su recurso, la parte cita, entre otras, la STS 133/2016, de 4 de marzo.

### **SEGUNDO.-** Motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero.- Vulneración del art. 92 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicho precepto, así como del art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor y art. 39 de la Constitución. Infracción de la doctrina jurisprudencial referente a que la atribución de la custodia compartida conlleva el reparto de los tiempos de estancia de los menores de forma equitativa entre ambos progenitores, evitándose así desequilibrios en los tiempos de presencia, doctrina determinada entre otras en las STS 133/2016, de 4 marzo, recurso 1/2015, STS 283/2016, de 3 de mayo, recurso 1099/2015, STS 758/2013, de 25 de noviembre, recurso 2637/2012, y STS 658/2015, de 17 de noviembre, recurso 1889/2014.

2.- Motivo segundo.- Infracción de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo sobre el art. 92 del Código Civil, del interés del menor en concepto de custodia compartida y como inciden tales criterios en el reparto equitativo de los tiempos de estancia de los menores con cada progenitor. Errónea interpretación de la doctrina jurisprudencial.

Se alega que en la sentencia recurrida se mantiene el sistema de custodia compartida y pese a ello se acepta un sistema desequilibrado de estancias en los domicilios paterno y materno.

**TERCERO.-** *Decisión de la sala. Custodia compartida.*

Se desestiman los motivos.

En la sentencia recurrida se confirma el sistema de custodia compartida, ya asumido por el juzgado de familia, alegando el recurrente que el reparto de día se efectúe equitativamente.

Esta sala debe declarar que los repartos de tiempo se efectúan en la sentencia recurrida confirmando los del juzgado, que a su vez respetó en lo esencial la practica que los padres aceptaban con anterioridad a la demanda de divorcio, acuerdos que el juzgado plasmó en el auto de medidas provisionales.

Por tanto, en la sentencia recurrida se vienen a respetar las costumbres que las partes aceptaron, si bien ahora el padre no está de acuerdo con ellas.

Esta sala en sentencia 630/2018, de 13 de noviembre dice:

"El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

"A la vista de ello debemos estimar este motivo de recurso, dejando sin efecto la custodia por parte de la madre y retornando al sistema de custodia compartida contenido en la sentencia del juzgado, dado que es el que las partes convinieron, el que el informe psicosocial propone, el que se ha venido desarrollando con razonable éxito y el compatible con los horarios laborales de ambos progenitores, todo ello de acuerdo con el art. 92 del C. Civil".

A la vista de esta doctrina jurisprudencial debemos reconocer que el tribunal de apelación ha respetado la esencia de la custodia compartida, ajustándola al régimen laboral de los progenitores, a las guardias del padre, a lo pactado y a que ha sido un sistema que se ha desenvuelto con normalidad y que de acuerdo con el informe psicosocial ha influido positivamente en los menores.

**CUARTO.-** Motivos tercero y cuarto.

1.- Motivo tercero.- Vulneración del criterio legal de los obligados a dar alimentos de los arts. 145, 151, 154, y 93 del Código Civil y 39.1, 39.3 de la Constitución Española.

2.- Motivo cuarto.- Vulneración del art. 146 del Código Civil y flagrante oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de pensión de alimentos a favor de hijos menores en cuanto se contraria la interpretación del art. 146 CC y el principio de proporcionalidad en sentencias 586/2015, de 21 de octubre, 395/2015, de 15 de julio, 749/2002, de 16 de julio, y 161/2017, de 8 de marzo.

Se solicita que los alimentos se sufraguen al 50% una vez que se establezca un sistema paritario de estancias.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. Proporcionalidad de los alimentos.*

Se desestiman los motivos.

La sala de apelación ha respetado los arts. 145, 146, 151 del C. Civil y concordantes, dado que ha tenido en cuenta los salarios de los progenitores, los tiempos de estancia y que el juzgado atribuyó a la madre los gastos que no fueran estrictamente alimentarios.

**SEXTO.-** Motivo quinto.

Motivo quinto.- En relación con el establecimiento de una pensión alimenticia en custodia compartida, entendemos se produce vulneración del art. 96.2 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre el art. 96.2 del CC, dado que al haberse acordado la guarda y custodia compartida procedería, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, entender que ya no existe una vivienda familiar sino dos, por lo que no puede existir una adscripción expresa de la vivienda y se deben imponer límites temporales a su uso.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la Sala. Adscripción de vivienda familiar.*

Se desestima el motivo.

El tribunal de apelación se limitó a mantener la adscripción de la vivienda familiar a los menores y madre, puesto que eso fue lo solicitado por el Sr. Ezequias, y así se aprobó por el juzgado y no fue objeto de recurso de apelación, por lo que tampoco puede serlo en casación ( art. 465.2 LEC).

**OCTAVO.-** Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente ( art. 398 LEC de 2000), con pérdida del depósito constituido para recurrir.

**FALLO**



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

**1.º**- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Ezequias , contra sentencia de fecha 6 de febrero de 2018, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, (apelación 615/2016).

**2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

**3.º**- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ