

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 63 de 2015

S E N T E N C I A N U M . D O C E

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a veinte de abril dos mil dieciséis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 63/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 14 de octubre de 2015, en el rollo de apelación número 415/2015, dimanante de autos de divorcio núm. 1003/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D^a. Pilar R. C. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Carmen Fernández Gómez y dirigida por la Letrada D^a. Ana-Isabel Javierre Lardiés y como parte recurrida D. Luis Javier B. M. representado por la Procuradora de

los Tribunales D^a. M^a Luisa Hueto Saénz y dirigido por la Letrada D^a. M^a del Mar Martínez Marqués en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Luisa Hueto Saenz en nombre y representación de D. Luis Javier B. M. presentó demanda de divorcio frente a D^a. Pilar R. C., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites pertinentes, se dictase resolución aprobando el Plan de Relaciones Familiares propuesto, con las medidas solicitadas por otrosí.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido a la parte demandada, ésta compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y suplicando se dictase sentencia “estimando la misma únicamente en el particular relativo a la solicitud del divorcio, decretando en consecuencia la disolución por divorcio del matrimonio formado por doña Maria Pilar R. C. y Don Luis Javier B. M. y adoptando las siguientes medidas definitivas:

-Que los cónyuges puedan vivir separados, cesando la presunción de convivencia y quedando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiera otorgado al otro, cesando asimismo la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

-Autoridad familiar compartida de los hijos menores del matrimonio, cuya guarda y custodia se solicita para la madre.

-Pensión alimenticia a favor de los hijos a satisfacer por el padre, en cuantía de 200 euros mensuales por cada hijo, actualizable anualmente

conforme a las variaciones que experimente el IPC, con el abono del 70% de los gastos escolares (comedor incluido) y extraordinarios de los menores.

-Régimen de visitas a favor del padre, consistente en fines de semana alternos de viernes a lunes que los dejaría en el colegio y mitad de las vacaciones escolares, según el siguiente reparto: A) Navidad: los años pares pasarían con la madre desde el día siguiente al que le den las vacaciones escolares al día 30 de Diciembre, ambos inclusive, y del 31 de dicho mes al día anterior a comenzar el colegio con el padre; y los años impares desde el día siguiente al que le den las vacaciones escolares al 30 de Diciembre con el padre y del 31 de Diciembre al día anterior a comenzar el colegio con la madre.

B) Semana Santa: La mitad de las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre y, concretamente durante los años pares la primera mitad con el padre y la segunda con la madre y los años impares la primera mitad con la madre y la segunda con el padre.

C) Verano: Durante las vacaciones de verano, los meses de julio y agosto se dividirían en quincenas, de manera que la primera quincena de julio y la primera quincena de agosto corresponderán a un progenitor, y la segunda quincena de julio y la segunda quincena de agosto corresponderán al otro progenitor, poniéndose ambos progenitores de acuerdo respecto al período que les correspondiera en función de sus propias vacaciones. De no existir acuerdo, los años pares podrían elegir la madre y los impares el padre.

-Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, como quiera que la Sra. R. no puede asumir el pago de un alquiler, se solicita que se le atribuya el uso hasta su venta, si bien se solicita que como quiera que el padre percibe unos ingresos muy superiores a la madre, el Sr. B. asuma de inmediato el pago de la reparación de la caldera de calefacción.

-Pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar en la proporción del 50% para cada uno de los cónyuges, hasta la venta de la misma.

-Pago de las deudas conyugales al 50% por cuanto existen unas cantidades pendientes de abonar a la Seguridad social, derivadas de un negocio de hostelería perteneciente a los cónyuges si bien estaba a nombre de la Sra. R., así como los gastos de alquiler del local en el que se encontraba dicho negocio.

Subsidiariamente, para el supuesto de que por el Juzgado se considerara más adecuado una custodia compartida, pese a que como ya se ha puesto de manifiesto ante la dejación de obligaciones por parte del demandante entendemos que supondría un grave perjuicio para los hijos menores, entendemos que el sistema menos perjudicial para estos vendría a ser el siguiente:

1º.- que la guarda y custodia correspondiera a los progenitores por meses alternos, permaneciendo la madre en el domicilio familiar hasta la venta del mismo.

2º.- Que los hijos pudieran estar con el progenitor no custodio dos tardes a la semana, desde la salida del colegio hasta las 20 horas, en que se reintegrarían por este al domicilio del progenitor custodio.

Asimismo, los hijos menores podrían estar con el cónyuge no custodio un fin de semana cada quince días, debiendo recogerlo del colegio o del domicilio del progenitor custodio y tenerlo en su compañía desde las 17 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo.

En los llamados puentes escolares los hijos los pasarían con aquel de los progenitores al que le correspondieran ese fin de semana.

Durante el periodo de vacaciones quedaría interrumpido el régimen de visitas y custodia y se procedería de la siguiente manera:

A) Navidad: Los años pares pasarían con la madre desde el día siguiente al que le den las vacaciones escolares al día 30 de Diciembre, ambos inclusive, y del 31 de dicho mes al día anterior a comenzar el colegio con el padre; y los años impares desde el día siguiente al que le den las vacaciones escolares al 30 de Diciembre con el padre y del 31 de diciembre al día anterior a comenzar el colegio con la madre.

B) Semana Santa: La mitad de las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre, y, concretamente durante los años pares la primera mitad con el padre y la segunda con la madre y los años impares la primera mitad con la madre y la segunda con el padre.

C) Verano: Durante las vacaciones de verano, los meses de julio y agosto se dividirían en quincenas, de manera que la primera quincena de julio y la primera quincena de agosto corresponderán a un progenitor, y la segunda quincena de julio y la segunda quincena de agosto corresponderán

al otro progenitor, poniéndose ambos progenitores de acuerdo respecto al período que les correspondiera en función de sus propias vacaciones. De no existir acuerdo, los años pares podría elegir la madre y los impares el padre.

3º.- Como contribución a los gastos de los hijos comunes, habrá de fijarse una pensión por alimentos para los hijos a abonar por el Sr. B. a la Sra. R. en cuantía de 300 euros mensuales (100 euros por cada hijo) los meses que correspondiera a ella la guarda y custodia de los menores sin que procediera abono alguno de la Sra. R. al Sr. B. los meses que correspondiera a este la guarda y custodia, ello en atención a la diferencia notoria de ingresos y en tanto en cuanto subsistiera dicha diferencia. En todo caso habrá de abrirse una cuenta en la que el padre ingresará 240 Euros mensuales y la madre 120 Euros mensuales, para el abono de los gastos ordinarios relativos a colegio, comedor escolar etc., abonando en todo caso la madre una tercera parte y el padre dos terceras partes de los gastos extraordinarios necesarios generados por los hijos, y así, a título enunciativo, los de ortodoncia, óptica, ortopedia, los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social cuando fueran recomendables para la salud de los menores, actividades extraescolares, colonias de verano, colegio si no fuera subvencionado, libros y material escolar así como todos los gastos de educación, enseñanza de idiomas, cuotas del APA, clases de apoyo, estudios universitarios no obligatorios en Centros no subvencionados siempre que se sigan con aprovechamiento, etc. Las cantidades referidas habrán de actualizarse anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. Dichos gastos se abonarán hasta que los hijos cuenten con medios propios de vida.”

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales y el recibimiento a prueba.

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 16 de abril de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLO: Que estimo la demanda de divorcio interpuesta por D. Luis Javier B. M. contra D^a Pilar R. C. y en su virtud, debo declarar y declaro el

divorcio y, por ende, la disolución del matrimonio formado por los cónyuges al existir causa legal para ello, que se regirá por las siguientes medidas: 1) En lo que respecta a la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio se establece la custodia compartida de los progenitores al igual que la autoridad familiar.- A partir del día 1 de mayo se iniciará este sistema de custodia de manera que dicho mes Alejandro estará bajo la custodia de su padre y los hermanos pequeños bajo la de la madre iniciándose a partir de este momento la alternancia mensual en la misma.- En cuanto a visitas, estancias y comunicaciones de los hijos con los progenitores se dispone lo siguiente: Para los pequeños Iseia e Izan se dispone dos visitas intersemanales con el progenitor que ese mes no ostente su custodia y que las partes podrán convenir libremente, y para el supuesto de no existir acuerdo se dispone que estos sean martes y jueves desde la salida del colegio o en su caso desde las 17 horas de la tarde, hasta las 20,30 horas en que serán reintegrados al domicilio del padre custodio.- Asimismo se dispone igualmente para el padre que no tenga la custodia visitas de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro educativo o en su caso desde las 17 horas hasta el lunes a la entrada del mismo.- En cuanto al hijo mayor Alejandro y atendida su edad no procede establecer visitas durante la semana, pudiéndose relacionar libremente cuanto desee con el progenitor que no ostente su custodia.- En cuanto a las estancias de fines de semana y al efecto de poder mantener el contacto con sus hermanos a los que igualmente podrá ver tanto como quiera, se dispone un mínimo de comunicación con los mismos de manera que de los dos fines de semana que aquellos pasen en compañía del progenitor no custodio, deberá permanecer uno de ellos con los tres.- En cuanto a los periodos de vacaciones se establecen de la forma siguiente para los tres hijos.- Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad, siendo el primer periodo el comprendido desde el último día lectivo por la tarde a la salida del colegio o en todo caso a las 17 horas hasta el 30 de Diciembre a las 17 horas, y el segundo desde este día y hora hasta el día inmediatamente anterior al comienzo del curso por la tarde a las 20 horas.- El primer periodo corresponderá a la madre los años pares y al padre el segundo y en los años impares los hijos permanecerán en primer periodo con el padre y el segundo con la madre.- el padre a quien no le corresponda el ejercicio de la custodia

en la festividad de Reyes podrá estar en compañía de los dos hijos pequeños desde las 17 horas hasta las 20,30 horas de la tarde.- En cuanto a las vacaciones de Semana Santa y Fiestas del Pilar se dividirán igualmente por mitad y se iniciarán a la salida del colegio del último día lectivo hasta la mitad del día que corresponda a las 17 horas de la tarde, y desde este hasta el inmediatamente anterior al reinicio de las clases a las 20 horas. Los años pares corresponde la elección del periodo a la madre en cuanto a las primeras, y al padre los impares y en cuanto a las segunda, a la madre los años impares y al padre los pares.- Las entregas y recogidas de los menores (por lo que se refiere a los dos pequeños) serán bien en el centro escolar, bien en el domicilio del progenitor custodio en cada momento.- En cuanto a las vacaciones de verano se dividirán para los pequeños en periodos que comprenderán, el primero, primera quincena de julio y primera quincena de agosto, y el segundo, segunda quincena de julio y segunda quincena de agosto.- En cuanto al hijo mayor Alejandro podrán los padres según su criterio decidir que efectúe los mismos periodos vacacionales que sus hermanos o bien dada su edad por meses completos, julio o agosto.- De estos periodos, incluido el del hijo mayor, la madre elegirá uno de los dos en los años pares y el padre en los impares.- Durante estos periodos de vacaciones se producirá la suspensión del régimen de visitas intersemanal establecido para el progenitor no custodio en ese momento de los dos hijos pequeños con reanudación del sistema de custodia compartida por meses alternos en el punto en el que la misma quedó, es decir, si antes de cualquier periodo vacacional los menores estaban en compañía de la madre y el hijo mayor del pare se reiniciará el sistema por el padre para aquellos y por la madre para éste. El progenitor al que corresponde el derecho de elección deberá comunicarlo con un mes de antelación al otro ya que de lo contrario se entiende que renunciará al mismo.- 2) Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en la calle de Utebo a la Sra. R. por un periodo de un año a contar desde la fecha de la presente resolución.- El ajuar doméstico quedará para el uso de la madre e hijos pudiendo el demandado retirar sus enseres y objetos personales previo inventario si así se interesa en el plazo de un mes a contar desde la presente resolución debiendo comunicar a la Sra. Rubio el día y hora al menos con siete días de antelación.- Concluido el plazo

antes indicado deberá ponerse la vivienda a la venta, sin perjuicio de que las partes puedan alcanzar un acuerdo para proceder a esta con anterioridad (como parece así ha sido) a la finalización del señalado si así les conviene y están conformes en el precio con preferencia de ambos sobre terceros para su adquisición, permaneciendo mientras en el uso la Sra. R. hasta la materialización de dicha venta continuando haciéndose cargo de los gastos mencionados, previo cumplimiento de dos condiciones, la primera que permita por si o por tercera persona de su confianza o a través de una inmobiliaria el acceso a la vivienda de posibles compradores en horario comercial y facilite todas las gestiones necesarias para la venta, y la segunda, que mantenga el domicilio en perfecto estado de conservación y presencia.- De no cumplirse estas condiciones podrá procederse al desalojo.- Si existe discrepancia en cuanto al precio del inmueble, podrá cada una de las partes hacer una tasación oficial por API y estipularlo bien en la tasación más alta, o en la que resulte de la diferencia entre ambas si no son coincidentes, y a partir de ahí si existiera acuerdo y en función de las circunstancias del mercado poder pactar un precio inferior.- Si no se da el acuerdo mutuo para la venta a título particular esta se efectuará por inmobiliaria de la zona designada por ambas partes y en su defecto por el juzgado en las condiciones establecidas.- En relación al uso del vehículo Renault Scenic este se atribuye al Sr. B. quien deberá correr con todos los gastos de conservación, reparación así como de impuestos y seguros del mismo.- 3) Como contribución a los gastos y alimentos de los hijos cada progenitor asumirá los de manutención y vestido en el periodo en que los tenga bajo su guarda.- De cara a los restantes gastos ordinarios, los progenitores ingresarán mensualmente 400€ en una cuenta a nombre de los dos progenitores y de los hijos para cubrir los gastos de éstos y que deberán ingresar en una cuenta común dentro de los cinco primeros de cada mes y que habrá de actualizarse anualmente conforme a las variaciones del IPC, debiendo aportar el Sr. B. la suma de 250€ y la Sra. R. la cantidad de 150€.- En el momento en que en dicha cuenta exista un saldo inferior a 100€ deberán las partes efectuar un ingreso en las cantidades estipuladas.- Con el importe de las aportaciones que efectúen los progenitores en dicha cuenta se abonarán gastos ordinarios tales como matrícula, reserva de plaza de colegio y/o guardería, comedor, libros de inicio de curso, material escolar, cuotas del

APA, equitación deportiva y uniformidad si resultan exigibles por el centro educativo, salidas y pequeñas excursiones, así como clases de refuerzo de asignaturas si los hijos lo precisaren en función de su rendimiento académico.- en cuanto a los gastos extraordinarios se entiende por los mismos los de prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, gafas, lentillas, audifonos, y ortodoncia, y deberán ser abonados por el Sr. B. en un 70€ y por la Sra. R. en un 30%.- Los gastos extraordinarios no necesarios tales como actividades extraescolares relacionadas con el ocio o el deporte, viajes de estudios, colonias de verano etc., serán satisfechos por mitad por ambos padres si existe conformidad y en caso contrario por quien decida hacer el dispendio.- 4)Se declara la disolución del consorcio conyugal debiéndose proceder a su liquidación.- Todo ello sin condena en costas a ninguna de la partes.”

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Fernández Gómez, en nombre y representación de D^a. María Pilar R. C., presentó recurso de apelación contra la sentencia. Se confirió traslado a las otras partes, que contestaron, oponiéndose la parte contraria y solicitando el Ministerio Fiscal la confirmación de resolución objeto de recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, comparecidas las partes la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Pilar R. C., frente a la Sentencia de fecha 16 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Zaragoza, en autos de juicio de divorcio número 1003/14, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.”

QUINTO.- La representación legal de D^a. Pilar R. C., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos: “1º. Vulneración del art. 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- 2º. Vulneración del art. 80 del Código Foral de Aragón.-

3º. Vulneración del artículo 82 del Código Foral de Aragón.- 4º. Vulneración del art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFA.”

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones a la Magistrada Ponente para resolver.

Por providencia de 16 de diciembre de 2015, se acordó:

“Visto el recurso de casación formulado por la representación de D^a Pilar R. C. se considera por la Sala que, en el primero de los motivos (que realmente lo es de infracción procesal) puede concurrir causa de inadmisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 473.2.2º de la LEC por formularse con manifiesta falta de fundamento, pues se aduce vulneración el art. 218.3 de la LEC por carencia de motivación, cuando la lectura tanto de la sentencia recurrida como la de primera instancia (que resulta confirmada) evidencia que ambas están motivadas ampliamente. Con carácter previo a resolver sobre la posible inadmisión, y de conformidad con lo establecido en el art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede dar traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen conveniente.”

Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, solicitando el Ministerio Fiscal la inadmisión de ese motivo.

Por auto de 20 de enero de 2016 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y la admisión a trámite, del recurso excepto en su primer motivo, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición.

Dentro de plazo, presentó su oposición al recurso planteado de contrario tanto la parte recurrida, como el Ministerio Fiscal, interesando éste último “la desestimación de los tres motivos del recurso y la integra confirmación de la resolución recurrida.”

No considerándose necesaria por parte de la Sala la celebración de vista, señaló para Votación y Fallo el 6 de abril de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los motivos en los que se asienta el presente recurso se alega vulneración del artículo 80 del CDFA.

Razona la parte que la preferencia por la custodia compartida que establece dicho precepto no significa que no haya de analizarse si existen motivos para considerar más conveniente la custodia individual. Pero -se afirma en el escrito de recurso- tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación se omite todo pronunciamiento referente al interés superior del menor o *favor filii*. Y se queja, en fin, la parte, de que la sentencia de instancia no ha atendido algunos elementos relevantes al interés de los menores, señaladamente la actuación del padre antes y después de la separación.

El motivo no puede prosperar.

Como en tantas ocasiones hemos dicho, el legislador aragonés establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del CDFA. La redacción del primer inciso de este último revela que, en efecto, se considera que la custodia compartida es el régimen que, en principio, satisface mejor el interés del menor: *El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores...* Por ello, conforme a la también reiterada doctrina de esta Sala se establecerá la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual en atención al interés del menor.

En este punto la sentencia de primera instancia -después confirmada- está ampliamente motivada como es de ver por lo expresado en los fundamentos segundo y tercero, donde recuerda el contenido del artículo 76 del CDFA y la necesidad de que prevalezca siempre el interés de los menores en la toma de decisiones que les afecten. Analiza las circunstancias

concurrentes –con especial atención al informe pericial- para resolver que las mismas no conducen a apartarse del régimen preferente. La atención prestada al interés de los menores se patentiza, además, en la decisión (que la sentencia justifica adecuadamente) de separar a los hermanos, con objeto de que el mayor, que por su problemática precisa más dedicación, pueda tenerla.

Por tanto, no es cierto en absoluto que se haya omitido todo pronunciamiento referente al *favor filii*. Y la parte no justifica una vulneración de la norma que dice infringida, que existiría si la custodia compartida se hubiese acordado a partir de datos que, en el caso concreto, la hicieran inconveniente para el interés de los menores, como lo sería una acreditada inidoneidad del padre para ostentar la custodia de aquellos. Pero no es así, pues la sentencia establece que ambos padres “no solamente poseen la capacidad para poderse ocupar de los hijos, sino que además mantiene (sic) un estrecho vínculo con los mismos sin que se haya detectado ninguna problemática en relación con los mismos”.

En suma, no se ha acreditado que el interés de los menores exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre, y no procede aquí rebatir la valoración de la prueba realizada en la instancia lo que, como también ha dicho esta Sala con reiteración, está vedado en el recurso de casación en el que, partiendo de los hechos probados, debe analizarse si se ha producido una correcta aplicación de las normas aplicables al caso.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se alega vulneración del artículo 82 del CDFA, reproduciendo la recurrente, en el primero de los párrafos que dedica al desarrollo del motivo, los cuatro apartados de dicho precepto.

Aduce la parte que la desigualdad de ingresos se ha reconocido expresamente en la sentencia, pero que no se ha tenido en cuenta para la contribución a los gastos de los menores.

En lo tocante a este extremo, la sentencia de primera instancia partió de la diferente capacidad económica entre ambos progenitores (aunque

variables, sobre todo los de la madre, los ingresos del padre son bastante superiores) y los gastos a los que debían hacer frente, resolviendo que los ordinarios (distintos de los de manutención y vestido, que corresponderían a cada progenitor durante el periodo de guarda) se satisfarían con lo ingresado en una cuenta conjunta a razón de 250 euros el padre y 150 la madre. Y los extraordinarios se abonarían en una proporción el 70% para el padre y 30% para la madre. No tiene razón, pues, la parte cuando afirma que no se ha tenido en cuenta la desigualdad entre ambos progenitores.

Por lo demás, ya ha dicho la Sala, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia nº 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 46 del Código civil, que *"corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 , de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"*.

Y ese mismo criterio (STSJA de 21 de octubre de 2014) ha de seguirse en la interpretación del artículo 82.1 del CDFA, sin que pueda el recurrente sustituir el criterio judicial por el propio.

Afirma también la recurrente –como ya hiciera en el recurso de apelación- que, al no fijarse una pensión para la Sra. R. en los meses en los que tenga a sus hijos en su compañía, no existe proporción alguna respecto de los gastos ordinarios de habitación, sustento y vestido. Ello evidencia que, en realidad, la verdadera razón de la disconformidad de la parte no es tanto la alegada falta de proporcionalidad sino la no fijación, en la sentencia, de una pensión de 100 euros por hijo para la Sra. R. en los meses en los que los tenga en su compañía (todos, pues cuando no tenga al mayor tendrá a los pequeños, según ha quedado expuesto).

El artículo 82.3 establece que “El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos”.

Lo normal, en los casos de custodia individual, es que el progenitor no custodio abone al otro una pensión de alimentos para los hijos, en tanto que la contribución del progenitor custodio se materializa haciéndose cargo de los gastos ordinarios que la convivencia comporta. En los casos de custodia compartida, como el que nos ocupa, es asimismo habitual que cada progenitor subvenga a dichos gastos durante los períodos en que los tiene consigo, siendo frecuente la apertura de una cuenta común para el pago de los demás gastos ordinarios. En estos casos, la proporcionalidad que impone el artículo 82.1 determina que, si los recursos de uno y otro no son equivalentes, la contribución tampoco sea igual, como de modo congruente se ha acordado en el caso presente por la sentencia de instancia. Existe, por tanto, proporción. El hecho de que la sentencia no fije, además, una pensión periódica para la Sra. R. no comporta vulneración del precepto que la prevé “si es necesario”. Y la recurrente no justifica esa necesidad, como pone de relieve la sentencia de apelación y asimismo el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso.

Por todo ello, el motivo debe ser igualmente rechazado, pues no se ha infringido el artículo 82 en ninguno de sus apartados.

TERCERO.- En el tercero y último motivo se alega vulneración del art. 81.3 en relación con el 79.5 del CDFA. Por lo que enseguida se dirá, resulta incomprensible el planteamiento de este motivo.

Indica la parte que la vulneración se produce porque “en ningún caso se atiende a las circunstancias concurrentes en la familia, sin tener en cuenta ni analizar la situación económica de los progenitores”.

Según ha quedado expuesto más arriba, no es cierto que no se hayan tenido en cuenta dichas circunstancias que, precisamente, son las que han

llevado a otorgar a la madre (por ser su interés el más necesitado de protección) el uso de la vivienda. La sentencia de primera instancia, en lo atinente a este particular, señala:

“En cuanto al plazo de uso el domicilio familiar, por la demandada, se manifestó en el acto de la vista que la vivienda se encontraba ya a la venta, existiendo la posibilidad, según refirió la parte demandante de que para el supuesto de que esta no se efectúe y no poder hacer frente al pago del crédito hipotecario poderse realizar una dación en pago.

Al margen de ello y puesto que han quedado acreditados en las actuaciones los problemas económicos de ambas partes para hacer frente al préstamo hipotecario, se dispone un plazo máximo de uso de la vivienda por parte de la Sra. R. de un año a contar desde la fecha de la presente resolución, tiempo suficiente para poder encontrar otra residencia en la que poder ubicarse y facilitar de forma más rápida la venta del inmueble”.

Y en el Fallo (que queda confirmado, como los demás pronunciamientos, por la sentencia de apelación) tal como ha quedado recogido en los antecedentes de la presente, se expresa:

“Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en la calle ... de Utebo a la Sra. R. por un período de un año a contar desde la fecha de la presente resolución.

(...).

Concluido el plazo antes indicado deberá ponerse la vivienda a la venta, sin perjuicio de que las partes puedan alcanzar un acuerdo para proceder a esta con anterioridad (como parece que así ha sido) a la finalización del señalado si así les conviene y están conformes con el precio, con preferencia de ambos sobre terceros para su adquisición, **permaneciendo mientras en el uso la Sra. R. hasta la materialización de dicha venta (...)**”.

Afirma la parte que no se opone a la limitación temporal, pero entiende que, estando ambas partes de acuerdo en la venta de la vivienda,

“debía fijarse dicha limitación al momento de la venta de la vivienda”. Pues bien, a tenor de las expresiones del fallo que hemos resaltado, no otra cosa es lo que dispone la sentencia, lo que, como ha quedado ya dicho, priva de todo sentido al motivo.

Es consecuencia de lo que ha quedado expuesto la desestimación del recurso.

CUARTO.- Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Primero.- Desestimamos el presente recurso de casación núm 63 de 2015, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Carmen Fernández Gómez, en nombre y representación de D^a. Pilar R. C., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial con fecha 14 de octubre de 2015.

Segundo.- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

Dese el destino legal al depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

