

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 559/2016, de 21 de septiembre de 2016*

*Sala de lo Civil*

*Rec. n.º 3282/2015*

#### **SUMARIO:**

**Divorcio. Guarda y custodia compartida. Préstamo hipotecario como deuda de la sociedad de gananciales.** Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. En este caso, entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor. No se puede considerar la hipoteca carga del matrimonio, ni se le puede imponer al recurrente la obligación de asumir la totalidad del préstamo hipotecario, pues es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha venido declarando que la hipoteca que grava el domicilio familiar es una deuda de la sociedad de gananciales y por tanto incluida en el art. 1.362.2 CC y mientras la sociedad de gananciales no sea liquidada, deberá ser pagada por mitad por los propietarios del inmueble.

#### **PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 90, 91, 92, 103.1, 146 y 1.362.2.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 218.1 y 752.

Constitución española, art. 24, 39 y 120.3.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección jurídica del menor), arts. 2 y 11.2.

#### **PONENTE:**

*Don Francisco Javier Arroyo Fiestas.*

Magistrados:

Don ANTONIO SALAS CARCELLER

Don EDUARDO BAENA RUIZ

Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

#### **SENTENCIA**

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

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2015, dictada en recurso de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

apelación núm. 677/2014 de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid , dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 116/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Navalcarnero; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Maximiliano , representado por la procuradora Dña. Ana Leal Labrador, bajo la dirección letrada de D. Gustavo Galán Abad, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Sonsoles representado por el procurador D. Alfonso de Murga Florido bajo la dirección letrada de Dña. Gabriela López Vázquez y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

1. Dña. Regina Morata Cazorla, representada por la procuradora Dña. Sonsoles , bajo la dirección letrada de D. Fernando Gómez- Chaparro, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra D. Maximiliano y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare el divorcio de los esposos Dña. Sonsoles y D. Maximiliano , con expresa condena en costas al demandado, oficiándose al Registro Civil de Madrid para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio, y se acuerden las siguientes medidas definitivas, que se podrán modificar si se alteraren sustancialmente las circunstancias:

- »1. Divorcio de Doña Sonsoles y de Don Maximiliano .
- »2. Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro.
- »3. Que se atribuya la guarda y custodia del hijo común menor de edad a la madre, siendo compartida la Patria Potestad por ambos progenitores.
- »4. Uso y disfrute de la vivienda familiar.- La vivienda que constituye el domicilio familiar sito en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Arroyomolinos, debe ser atribuido su uso al hijo menor, Juan Alberto , hasta la independencia económica de este, junto al progenitor que ostenta la Guarda y Custodia del mismo, su madre, Doña Sonsoles .
- »5. Régimen de visitas y vacaciones.- Deberá establecerse a favor del padre el siguiente régimen de visitas:

»1.º) Fines de semana: El padre tendrá consigo al hijo fines de semana alternos, recogiéndole el viernes, a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20.00 horas en que le reintegrará en el domicilio familiar.

»2.º) Visita intersemanal: El padre podrá tener consigo al hijo común los martes o miércoles, según corresponda al padre librar cada semana en función de sus horarios de trabajo que hemos explicado, recogiendo al menor, Juan Alberto , a la salida del centro escolar y reintegrándolo a las 20.00 horas en el domicilio familiar.

»Puentes y festivos: Los puentes y los días festivos unidos al fin de semana los pasará el menor con el progenitor al que le corresponda ese fin de semana.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

»Períodos de Vacaciones.

»Navidad. Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos que irán del último día lectivo a la salida del centro escolar hasta el 31 de diciembre a las 12.00 horas, y del 31 de diciembre a las 12.00 horas hasta el día del inicio de las clases en que se reintegrará al menor en el centro escolar. Dichos períodos se dividirán de forma alterna entre ambos progenitores eligiendo la madre los años impares y el padre los años pares.

»El día 6 de enero, o día de Reyes, el progenitor al que no le corresponda estar con su hijo en ese periodo, podrá estar con él unas horas ese día para hacerle entrega de los regalos, que en defecto de acuerdo será desde las 17.00 hasta las 20.00 horas.

»Semana Santa. Las vacaciones de Semana Santa se disfrutarán por períodos completos y de forma alterna por cada progenitor, correspondiéndole a la madre disfrutar de este período los años pares y al padre los años impares.

»Verano. Se considera que las vacaciones de verano comprenden las vacaciones escolares del menor, y se disfrutarán por ambos progenitores en períodos de 15 días alternos, correspondiéndole a la madre las quincenas 1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, los años pares, por lo que al padre le corresponden las quincenas 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>. En los años impares, le corresponde a la madre disfrutar de las quincenas 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, y al padre las quincenas 1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, estableciéndose que los mencionados períodos de 15 días se corresponden con el siguiente calendario:

»1.º) Del día siguiente al fin del curso escolar a las 12:00 horas, al 1 de julio a las 12:00 horas.

»2.º) Del 1 de julio a las 12:00 horas, al 15 de julio a las 12:00 horas.

»3.º) Del 15 de julio a las 12:00 horas, al 31 de julio a las 12:00 horas.

»4.º) Del 31 de julio a las 12:00 horas, al 15 de agosto a las 12:00 horas.

»5.º) Del 15 de agosto a las 12:00 horas al 31 de agosto a las 12:00 horas.

»6.º) Del 31 de agosto a las 12:00 horas, al día anterior al inicio del curso escolar a las 20:00 horas.

» Asimismo cualquier otro período vacacional deberá repartirse por mitad entre ambos progenitores.

»6. Pensión de alimentos. Se solicita que se acuerde por este Juzgado establecer una pensión de alimentos a cargo del padre y a favor del hijo en la cantidad de 700 euros mensuales.

»7. Gastos extraordinarios. Los gastos extraordinarios deberán ser abonados por ambos progenitores al 50%, previa aceptación de las partes y en caso de desacuerdo deberán acudir ante la autoridad judicial.

»8. Cargas familiares: Que se acuerde por este Juzgado que el padre, don Maximiliano, asuma hasta la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales los siguientes gastos de la sociedad legal de gananciales:

»- Cuota mensual hipotecaria que grava el domicilio familiar.

»Cuota mensual del préstamo que grava el vehículo marca Citroën, modelo Picasso, propiedad del matrimonio.

»9.- Pensión compensatoria: Que se acuerde por este Juzgado conceder al esposa, Dña. Sonsoles, una pensión compensatoria en la cantidad de 200.-€ mensuales por el plazo de tres años.

[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

»Con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiere a lo aquí solicitado».

2. El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

3. D. Maximiliano , representado por la procuradora Dña. Epifanía Esther Ginés García Moreno y bajo la dirección del letrado D. Gustavo Galán Abad, 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:

«Desestimándola en su integridad y resolviendo conforme a las medidas solicitadas por esta parte tanto en su demanda de divorcio como en esta contestación a la demanda. Con expresa condena en costas a la demandante».

4. Por auto de 19 de junio de 2013, se acumuló al presente procedimiento los autos de divorcio contencioso 159/2013 y las medidas provisionales coetáneas 199/2013, ambos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Navalcarnero , acordándose recabar dichas actuaciones del juzgado correspondiente y posteriormente su unión.

5. Ambas actuaciones del juzgado núm. 2 de Navalcarnero se incoaron en virtud de demanda de divorcio contencioso (registrada con el número 159/2013) en la que se solicita el establecimiento de medidas provisionales con carácter de urgencia (abriéndose pieza de medidas registrada con el número 199/2013), todo ello formulado por D. Maximiliano , representado por la procuradora Dña. Epifanía Ginés García Moreno, bajo la dirección del mismo letrado D. Gustavo Galán Abad, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que resolviendo conforme las medidas solicitadas en la misma. Librando exhorto al Señor Juez encargado del Registro Civil de Móstoles, a fin de que sea anotado al margen del acta de matrimonio, ordenando que me sean entregados los testimonios literales autorizados de dicha sentencia, a fin de que mi representada pueda acreditar su situación personal y familiar ante quien fuera preciso».

En su contestación a la demanda en estas actuaciones 159/2013, Dña. Sonsoles , representada por la procuradora Dña. Regina Morata Cazorla y defendida por la letrada Dña. Rosa López González, contestó a la demanda y formuló reconvencción. Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«en la que se acuerde desestimar la misma, adoptando las siguientes medidas:

»1. Divorcio.

»Se decrete el divorcio de los esposos Doña Sonsoles y Don Maximiliano .

»2. Patria Potestad.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

»Que la patria potestad sobre el hijo menor del matrimonio, Juan Alberto , continúe ostentándose de forma compartida entre ambos progenitores.

»3. Guarda y custodia.

»Que la guarda y custodia del hijo menor, Juan Alberto , sea atribuida a Doña Sonsoles

»4. Régimen de visitas y estancias.

»Que se fije a favor del progenitor paterno, el siguiente régimen de visitas y estancias:

»I. Durante el período escolar:

»a. Fines de semana alternos: el menor estará en compañía del progenitor paterno los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, donde será recogido, hasta el domingo a las 20:00 horas, en que será reintegrado en el domicilio familiar.

»b. Un día intersemanal: el menor estará en compañía del progenitor paterno, la tarde de los martes o miércoles, según corresponda al progenitor paterno librar cada semana, en función de su horario de trabajo, y deberá preavisar a la Sra. Sonsoles de manera fehaciente, de qué día estará en compañía del menor; con al menos 48 horas de antelación.

»De este modo, el padre recogerá al menor, Juan Alberto a la salida del colegio, y lo reintegrará en el domicilio familiar a las 20:00 horas.

»c. Puentes y festivos: Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde el menor curse sus estudios, se considerará éste período agregado al fin de semana, y en consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda dicho fin de semana. A este respecto, la recogida de Juan Alberto se efectuará a la salida del centro escolar al que acuda, el día anterior a la mencionada festividad y será reintegrado en el centro escolar al inicio del período lectivo.

»II. Períodos de vacaciones escolares.

»a. Vacaciones escolares de verano:

»Las vacaciones escolares del menor comprenderán desde el día siguiente a la finalización del curso escolar a las 12:00 horas, hasta el último día no lectivo, a las 20:00 horas.

»Dichas vacaciones se disfrutarán por ambos progenitores en períodos de 15 días alternos y no consecutivos, de conformidad con el siguiente detalle:

»1.º Desde el día siguiente a la finalización del curso escolar a las 12:00 horas, hasta el día 1 de julio a las 12:00 horas.

»2.º Desde el día 1 de julio a las 12:00 horas, hasta el día 15 de julio a las 12:00 horas.

»3.º Desde el día 15 de julio a las 12:00 horas hasta el día 31 de julio a las 12:00 horas.

»4.º Desde el día 31 de julio a las 12:00 horas, hasta el día 15 de agosto a las 12:00 horas.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

»5.º Desde el día 15 de agosto a las 12:00 horas, hasta el día 31 de agosto a las 12:00 horas.

»6.º Desde el día 31 de agosto a las 12:00 horas, hasta el último día no lectivo, a las 20:00 horas.

»Le corresponderá a la progenitora materna estar en compañía del menor las quincenas 1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> los años pares, y al padre, las quincenas 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>; de modo que en los años impares le corresponda a la madre las quincenas 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, y al progenitor paterno, la 1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>.

»b. Vacaciones escolares de Navidad:

»Las vacaciones escolares de Navidad, comprenderán desde el último día lectivo a la salida del colegio al que acuda el menor, hasta el primer día lectivo, a la entrada a dicho centro escolar, y se dividirán en dos períodos:

»1.º Desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día 31 de diciembre, a las 12:00 horas.

»2.º Desde el día 31 de diciembre a las 12:00 horas, hasta el primer día lectivo, a la entrada al centro escolar al que acuda el menor, donde será reintegrado.

»El día de Reyes, el progenitor al que no le corresponda estar con su hijo en el segundo período, podrá estar en compañía del menor desde las 17:00 hasta las 20:00 horas.

»Le corresponderá a la progenitora materna estar en compañía del menor el primer período en los años pares y al padre el segundo; de modo que en los años impares, la madre estará en compañía del menor en el segundo período, y el padre en el primero.

»c.- Vacaciones escolares de Semana Santa:

»Las vacaciones escolares de Semana Santa comprenderán desde el último día lectivo a la salida del centro escolar al que acuda el menor, hasta el primer día lectivo, en el que será reintegrado en dicho centro educativo.

»Dicho período vacacional se disfrutará por períodos completos y de forma alterna por cada progenitor, correspondiéndole a la madre en los años pares, y al padre en los impares.

»d. Festividades familiares: día del padre y día de la madre.

»La festividad del día de la madre y el día del padre se disfrutará por cada uno de ellos con el hijo, con independencia del régimen de visitas y estancias ordinario, que se verá suspendido.

»El horario y forma en que se llevará a cabo esta comunicación dependerá del día de la semana que corresponda, respetando siempre la jornada escolar.

»En el supuesto de que la fecha coincida con un día del fin de semana, el menor estará con el progenitor homenajeado, desde las 11:00 horas hasta las 20:00 horas del mismo día, regresando a esa hora con el progenitor a quien corresponda el fin de semana. Si fuera día lectivo, el menor estará en compañía del progenitor que corresponda desde la salida del centro escolar al que asista, hasta las 20:00 horas, en que regresará al domicilio familiar.

»5. Domicilio familiar.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

»El domicilio familiar, sito en la CALLE000 n.º NUM000 , de Arroyomolinos (Madrid), deberá ser atribuido al hijo menor del matrimonio, y a Doña Sonsoles , por ser la progenitora bajo cuya guarda y custodia queda.

»6. Pensión de alimentos a favor del hijo menor del matrimonio.

»Que se establezca que Don Maximiliano deberá abonar en concepto de pensión de alimentos, para su hijo menor, Juan Alberto , la cantidad de quinientos euros mensuales (500.-€), dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que a tales efectos designe la progenitora materna, y hasta que el menor sea independiente económicamente.

»Dicha pensión de alimentos se actualizará anualmente, cada 1 de enero, de conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que anualmente publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, sin necesidad de previo requerimiento.

»7. Gastos extraordinarios.

»Los gastos extraordinarios que devengue el hijo menor del matrimonio, Juan Alberto , serán sufragados al 50% por ambos progenitores, previa aceptación de concepto y presupuesto, o en su defecto, autorización judicial.

»A los efectos de lo dispuesto en el artículo 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se entenderán por tales gastos extraordinarios:

»Los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social o por seguro privado, como dentista, oftalmólogo, gafas, lentillas, ortopedia, coste de medicamentos necesarios en caso de tratamientos médicos, vacunas, tratamientos psicológicos, y cualesquiera otro que resulte necesario para la salud de los hijos, así como los gastos por actividades o excursiones programadas por el centro educativo en horario lectivo, las actividades extraescolares que realicen fuera del centro escolar, como deportes, idiomas, formación artística o musical, profesores particulares, o similar, cursos o campamentos, y viajes culturales programados por el centro educativo.

»8. Cargas familiares.

»Que se establezca la obligación de Don Maximiliano , de asumir hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio, los gastos inherentes a los bienes que forman la misma, y en concreto:

- » Cuota mensual hipotecaria que grava el domicilio familiar.
- » Cuota mensual del préstamo que grava el vehículo familiar.

»9. Que se mande inscribir de oficio la sentencia de divorcio que en su día se dicte en el Registro Civil correspondiente.

»10. Que se condene en costas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe.».

Y formuló demanda reconvenzional con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

«Por la que se sirva estimar la reconvencción formulada, acordando las siguientes medidas:

»1. Que se declare el derecho de Doña Sonsoles de percibir a cargo de Don Maximiliano , una pensión compensatoria por importe de trescientos euros mensuales (300.-€), por el plazo de tres años.

»Dicha cantidad deberá ser abonada en doce mensualidades, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la perceptora. Deberá ser actualizada anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya siendo la primera actualización en enero de 2014, sin necesidad de previo requerimiento.

»2. Que se condene en costas a la parte demandada si se opusiera a la presente demanda reconvenccional».

2. El Fiscal contestó a la demanda del acumulado con los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

7. D. Maximiliano , a través de su representación procesal, se opuso a la reconvencción solicitando en su suplico:

«Dicte en su día sentencia desestimándola en su integridad. Con expresa condena en costas a la demandante».

8. Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Navalcarnero se dictó sentencia, con fecha 21 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Regina Morata Cazorla, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Sonsoles , contra D. Maximiliano , debo declarar y declaro el divorcio y disolución del matrimonio que les unía, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, en concreto:

»1. La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.

»2. La revocación de todos los poderes y consentimientos que se hayan otorgado los cónyuges entre sí, así como la disolución del régimen económico matrimonial.

»3. Atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad, siendo la patria potestad compartida.

»4. Atribución al menor y al progenitor custodio del uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en la CALLE000 núm. NUM000 , Arroyomolinos.

»5. Establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio desde la salida del colegio del menor los viernes hasta las 20,00 horas del domingo. De igual forma dos tardes intersemanales, desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas, coincidentes con los días de libranza del padre, debiendo para ello poner en conocimiento de la madre al inicio





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de cada año o, en su defecto al inicio de cada mes, los días en los que dichas visitas van a ser disfrutadas.

»En lo relativo a las vacaciones escolares del menor:

»A) Las vacaciones de Semana Santa se distribuirán en dos períodos desde la salida del colegio del último día de clase hasta las 12:00 horas del Miércoles Santo, y desde la misma hora hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección, eligiendo período en caso de discrepancia en los años pares la madre y el padre en los impares.

»B) Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos turnos iguales. Comprende el primer turno desde el primer día de vacaciones escolares desde la salida del centro escolar hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre, y el segundo desde dicha fecha hasta el día anterior al comienzo del curso escolar, eligiendo período en caso de discrepancia la madre en los años pares y el padre en los impares.

»El día de Reyes (día 6 de enero) al progenitor que no le toque estar con el menor en este período tendrá al mismo desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas, recogiendo y entregándolo en el domicilio materno.

»C) Las vacaciones de verano comprenderán los meses de junio, julio, agosto y septiembre. Habida cuenta que la parte actora interesó el disfrute de forma quincenal, no mostrando oposición el demandado, los períodos de disfrute quedarán establecidos del siguiente modo:

» Del día siguiente al fin del curso escolar a las 12,00 horas, hasta la misma hora del día 1 de julio.

» De las 12,00 horas del 1 de julio a las 12,00 horas del día 15 de dicho mes.

» Del 15 de julio a las 12,00 horas, al 31 de julio a la hora referida.

» De las 12,00 horas del 31 de julio a las 12,00 horas del 15 de agosto.

» Del 15 de agosto al 31 de agosto a las 12,00 horas.

» Y del 31 de agosto a las 12,00 horas, al día anterior al inicio del curso escolar a las 20,00 horas.

»En caso de discrepancia el primer período de disfrute lo elegirá la madre en los años pares y el padre en los impares, correspondiendo a los mismos de forma alternativa.

»6. De igual forma se fija una pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio de 300.-€ mensuales, que deberán ser abonados en la cuenta bancaria designada al efecto dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. De igual forma serán por mitades los gastos extraordinarios que genere la menor, debiendo ser previamente puesto en conocimiento del no custodio su necesidad e importe.

»7. El progenitor no custodio deberá sufragar el pago del préstamo hipotecario que grava el domicilio familiar.

»8. Se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales.

»Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

»Comuníquese esta Sentencia, una vez firme, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio solicitante, expidiéndose a tal fin el oportuno despacho para la anotación marginal de la misma».



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Y en fecha 2 de diciembre de 2013, por el juzgado se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Parte dispositiva:

» En relación al régimen de fines de semana debe completarse el fallo en el siguiente sentido:

»5. Establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio consistente en fines de semana alternos, desde la salida del colegio del menor los viernes, hasta las 20,00 horas del domingo.

» En relación a la pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad en el fallo de la sentencia procede añadir un punto 8.º con el siguiente contenido:

»8. En concepto de pensión alimenticia el progenitor no custodio deberá abonar la cantidad de 300.-€ mensuales a favor de su hijo menor de edad, abonables los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe al efecto, actualizable anualmente de conformidad con las variaciones experimentadas por el IPC.

»En relación a los gastos extraordinarios, los mismos deberán ser sufragados al 50% por cada progenitor, debiendo poner en conocimiento del otro el que los entienda necesarios, tanto su necesidad, como su importe.

» En relación a los puentes y cumpleaños, se deberá completar el punto 5 del fallo de la sentencia en el siguiente sentido:

» Los puentes y los días festivos unidos al fin de semana los pasará el menor con el progenitor al que le corresponda dicho fin de semana.

» El menor disfrutará de la compañía del progenitor que corresponda el día del cumpleaños de cada uno de ellos, así como los días del padre y de la madre. Si coincidieran dichos días con días de colegio, el progenitor que tenga a su favor la onomástica estará con el menor desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas. Si coincidiera con fin de semana, el menor estará con el progenitor homenajeados desde las 12,00 hasta las 20,00 horas.

» El día del cumpleaños del menor tendrán derecho ambos progenitores a estar con él. De coincidir con un día de colegio, el padre tendrá derecho a estar con el menor desde la salida del mismo hasta las 20,00 horas, devolviéndolo al finalizar a casa con su madre. De coincidir con el fin de semana, el progenitor que no tenga dicho fin de semana atribuida la guarda y custodia del menor, tendrá derecho a estar con él desde las 17,00 hasta las 20,30 horas, siendo recogido y reintegrado en el domicilio en que dicho fin de semana pernocte el menor».

### **Segundo.**

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 22 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Maximiliano , representado por la procuradora Dña. Ana Leal Labrador, frente a la sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Navacarnero , en autos de divorcio, con el núm. 116/2013, seguidos contra Dña. Sonsoles , representado por la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

procuradora Dña. Cristina Fernández Rodríguez, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución íntegramente.

»Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

Y con fecha 17 de julio de 2015 la misma sección dictó auto cuya parte dispositiva acuerda:

«No haber lugar al complemento de la sentencia de fecha 22/5/2015, dictada en el presente recurso de apelación 677/2014 , pretendida por la procuradora Dña. Ana Leal Labrador, en nombre y representación de la parte apelante D. Maximiliano ».

### **Tercero.**

1. Por D. Maximiliano se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en lo siguiente:

Motivo primero. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , al infringir la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte, en su vertiente del derecho a obtener una resolución que resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada fundada en derecho, con infracción, por no aplicación, de los arts. 120.3 CE y 218.1 LEC .

Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al infringir, el art. 120.3 CE y el art. 218.1 LEC por incongruencia omisiva de la sentencia recurrida.

E interpuso recurso de casación basado en:

Motivo primero. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la aplicación incorrecta del principio de protección de interés del menor, infracción del art. 92 apartados 4 , 6 , 8 y 9 , art. 103.1 y 91 in fine del Código Civil ; artículos 2 y 11.2 de Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y el art. 39 de CE . Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, así, sentencias TS Sala 1ª Pleno de 31/1/2013; sentencia TS Sala 1 .ª de 25/10/2012, sentencia TS Sala 1 .ª de 20/11/2013, sentencia TS Sala 1 .ª de 16/10/2014; sentencia TS Sala 1 .ª de 16/2/2015 .

Motivo segundo. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la infracción del art. 90 , 91 y 1362.2 CC . Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias TS Sala 1.ª de 5 de noviembre de 2008 y de 28 de marzo de 2011 .

Motivo tercero. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la infracción del art. 146 CC . Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias del TS Sala 1.ª de 12 de febrero de 2015 y 10 de julio de 2015 .



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 20 de abril de 2016, se acordó admitir los recursos interpuestos 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 el procurador D. Alfonso de Murga Florido, en nombre y representación de Dña. Sonsoles, presentó escrito de oposición a los mismos y el Ministerio Fiscal también se opuso a los recursos interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Antecedentes.**

Se presentó demanda de divorcio y medidas provisionales por Don Maximiliano (policía local), contra Doña Sonsoles (graduado escolar, sin trabajo conocido). La demandada también presentó demanda de divorcio, y ambos procedimientos se acumularon.

La sentencia de primera instancia acordó la disolución del matrimonio, la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad ( NUM001 -2008), y la atribución al menor y al progenitor custodio del uso y disfrute del domicilio conyugal, se fijó un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, de fines de semana alternos y dos tardes a la semana desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas, se fijó el régimen de vacaciones de Semana Santa, vacaciones de Navidad y vacaciones de verano, se acordó que el progenitor no custodio deberá sufragar el pago del préstamo que grava el domicilio familiar, y se fijó como pensión alimenticia a favor del menor y a cargo del progenitor no custodio 300 euros mensuales.

Se formuló recurso de apelación por el demandante, poniendo en conocimiento de la Audiencia que se había modificado su jornada laboral en cuanto al horario y en cuanto a sus ingresos mensuales y ambas circunstancias deben ser tenidas en cuenta, para acordar la custodia a favor del padre, o subsidiariamente acordar la custodia compartida pues consta en el informe pericial que ambos padres se han ocupado de su hijo en igualdad de condiciones.

El recurrente alega que con su nuevo destino puede ocuparse del menor exactamente de la misma manera que lo hace la madre. Se debe revisar también la pensión de alimentos al haberse reducido los ingresos mensuales.

Solicita en caso de no ser concedida la custodia compartida que se amplíe el régimen de visitas intersemanales con la pernocta del niño con su padre. Se solicita también que se revise el pago de la hipoteca como carga del matrimonio de acuerdo con la doctrina de la Sala.

La sección 24.ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

Se pidió por el demandante, apelante, el complemento de la sentencia de apelación porque no se había pronunciado sobre la ampliación del régimen de visitas solicitado, al haberse denegado la petición de la custodia compartida, y por no haberse pronunciado sobre la obligación de abonar la totalidad del préstamos hipotecario.

Por auto de 17 de julio de 2015, la Audiencia acuerda no haber lugar la complemento de la sentencia dictada el 22/05/2015 .



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y casación, contra la sentencia dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por el demandante, Don Maximiliano .

El recurso extraordinario por infracción procesal tiene dos motivos.

El motivo 1.º, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , tiene como fundamento la infracción del art. 24 CE al infringir la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución que resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso. Se infringe el art. 120.3 CE y el art. 218.1 LEC . Cita el recurrente la doctrina constitucional sobre la vulneración de este derecho cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes.

Denuncia el recurrente que no ha recibido respuesta a la alegación sexta de su recurso de apelación, en el que planteaba que no podía ser considerada la hipoteca que grava el domicilio familiar como carga del matrimonio, y no podía imponerse al demandante el pago del cien por cien de la misma.

Denuncia también que tampoco ha recibido respuesta a la alegación quinta, en la que pedía que, para el caso de no estimarse la custodia exclusiva o la custodia compartida, se ampliara el régimen de visitas por razón de las nuevas circunstancias laborales del recurrente.

El recurrente alega que son cuestiones que no puede entenderse que hayan sido desestimadas de forma tácita dado el conjunto de razonamientos de la sentencia. Además el recurrente interesó el complemento de la sentencia con el fin de subsanar la omisión y la Audiencia acuerda no haber lugar la complemento.

El Motivo 2.º, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , tiene como fundamento la infracción del art. 120.3 CE y el art. 218.1 LEC por incongruencia omisiva de la sentencia recurrida. Cita el recurrente la STS de 14 de octubre de 2014 , y STS de 10 de enero de 2012 , que declaran la incongruencia al no haberse pronunciado la sentencia recurrida sobre una de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación.

El recurso de casación, tiene tres motivos.

El primero se fundamenta en la infracción de los arts. 92 apartados 4 , 6 , 8 y 9 , art. 103.1 y 91 todos del Código Civil ; así como la infracción de los artículos 2 y 111.2 de Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y el art. 39 de CE .

El recurrente denuncia que la sentencia recurrida vulnera la doctrina de la sala que se recoge en las sentencias de TS Sala 1.ª pleno de 31 de enero de 2013 , sentencia TS Sala 1ª de 25 de octubre de 2012 ; sentencia TS Sala 1ª de 20 de noviembre de 2013 , sentencia TS Sala 1.ª de 16 de octubre de 2014 , sentencia TS Sala 1.ª de 16 de febrero de 2015 .

El recurrente alega que la Audiencia aplica de manera errónea el interés superior del menor, ya que la Audiencia considera que la nueva situación laboral del padre no es suficiente para una modificación del régimen de custodia, ni exclusiva ni compartida, y considera como argumento para no otorgar la custodia compartida la conflictividad existente entre los progenitores pero aclara el recurrente que no consta acreditado que los problemas entre los progenitores estén perjudicando al menor, y en el informe psicosocial en la página 5 último párrafo establece que «tanto el proyecto de guarda y custodia del padre como el de la madre, serían válidos y aceptables para ejercer adecuadamente sus funciones parentales».

Se cita entre otras la sentencia de la sala de 16 de febrero de 2015 , que declara: «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en el orden al desarrollo del menor...».

El segundo, se fundamenta en la infracción del art. 90 , 91 y 1362.2 CC , y en la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo, que recogen las sentencias de esta Sala de 5 de noviembre de 2008 y 28 de marzo de 2011 .





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El recurrente mantiene que no se puede considerar la hipoteca carga del matrimonio, ni se le puede imponer al recurrente la obligación de asumir la totalidad del préstamo hipotecario, pues es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha venido declarando que la hipoteca que grava el domicilio familiar es una deuda de la sociedad de gananciales y por tanto incluida en el art. 1362.2 CC y mientras la sociedad de gananciales no sea liquidada, deberá ser pagada por mitad por los propietarios del inmueble.

El tercero, se fundamenta en la infracción del art. 146 CC por vulnerar la sentencia recurrida la doctrina de la sala que contienen las sentencias de 12 de febrero de 2015 , y 10 de julio de 2015 .

El recurrente alega que le han cambiado de puesto de trabajo lo que supone una modificación en cuanto al horario y una disminución de los ingresos, pasando a cobrar 1.800 euros, en atención a esta disminución de sus ingresos como se documentó en el recurso de apelación deberá fijarse la pensión de alimentos. La Audiencia no hace mención alguna a su situación económica, por ello se vulnera la doctrina sobre el principio de proporcionalidad porque mantener la pensión de alimentos que fue fijada en la primera instancia supone dejar al recurrente con tan solo 100 euros para subsistir, de manera que dejar en la indigencia al alimentante es claramente contrario al principio de proporcionalidad, pues el progenitor custodio también tiene obligación de contribuir al sostenimiento de las necesidades del menor.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

### **Segundo.**

Motivo primero. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , al infringir la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte, en su vertiente del derecho a obtener una resolución que resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada fundada en derecho, con infracción, por no aplicación, de los arts. 120.3 CE y 218.1 LEC .

Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al infringir, el art. 120.3 CE y el art. 218.1 LEC por incongruencia omisiva de la sentencia recurrida.

Se denuncia por el recurrente que no ha recibido respuesta a la alegación sexta de su recurso de apelación, en el que planteaba que no podía ser considerada la hipoteca que grava el domicilio familiar como carga del matrimonio, y no podía imponerse al demandante el pago del cien por cien de la misma.

Alega también que tampoco ha recibido respuesta a la alegación quinta, en la que pedía que para el caso de no estimarse la custodia exclusiva o la custodia compartida se ampliara el régimen de visitas por razón de las nuevas circunstancias laborales del recurrente.

El recurrente mantiene que son cuestiones que no puede entenderse que hayan sido desestimadas de forma tácita dado el conjunto de razonamientos de la sentencia. Además el recurrente interesó el complemento de la sentencia con el fin de subsanar la omisión y la Audiencia acuerda no haber lugar al complemento.

### **Tercero. Respuesta de la Sala.**

Se estiman los dos motivos, que se analizan conjuntamente por fundarse en similar base jurídica y fáctica.

El recurrente en su recurso de apelación alegó que en la sentencia del juzgado se le había condenado al pago de la totalidad de cada cuota del préstamo hipotecario, cuando solo



le correspondía el 50%. Igualmente mantuvo que si no se le concedía la custodia compartida, se le ampliase al régimen de visitas.

Estos pedimentos no fueron objeto de contestación en la sentencia de apelación, la que los ignoró por completo. Planteado escrito de complemento de sentencia, se dictó auto que tampoco resolvió la cuestión, al silenciar, inexplicablemente, la respuesta a los pronunciamientos expresamente omitidos, pese a que se le advertía dicha anomalía en el escrito de complemento mencionado.

Por tanto, nos encontramos ante una patente falta de respuesta judicial, en la segunda instancia, que genera la infracción de los arts. 24 de la Constitución y 218, 1 de la LEC, pues las alegaciones tenían su base en la falta de pronunciamiento y en el art. 752 LEC, pues, según se alega, el cambio de régimen laboral del padre permitía una posible ampliación del régimen de visitas, sobre lo cual nos pronunciaremos al resolver el recurso de casación.

Recurso de casación.

#### **Cuarto.**

Motivo primero. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando la aplicación incorrecta del principio de protección de interés del menor, infracción del art. 92 apartados 4, 6, 8 y 9, art. 103.1 y 91 in fine del Código Civil; artículos 2 y 11.2 de Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y el art. 39 de CE. Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, así, sentencias TS Sala 1ª Pleno de 31/1/2013; sentencia TS Sala 1ª de 25/10/2012, sentencia TS Sala 1ª de 20/11/2013, sentencia TS Sala 1ª de 16/10/2014; sentencia TS Sala 1ª de 16/2/2015.

El recurrente alega que la Audiencia aplica de manera errónea el interés superior del menor, ya que la Audiencia considera que la nueva situación laboral del padre no es suficiente para una modificación del régimen de custodia, ni exclusiva ni compartida, y considera como argumento para no otorgar la custodia compartida la conflictividad existente entre los progenitores pero aclara el recurrente que no consta acreditado que los problemas entre los progenitores estén perjudicando al menor, y en el informe psicosocial en la página 5, último párrafo, establece que «tanto el proyecto de guarda y custodia del padre como el de la madre, serían válidos y aceptables para ejercer adecuadamente sus funciones parentales».

#### **Quinto. Respuesta de la Sala.**

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se valora adecuadamente el interés del menor, dado que se hace referencia a la conflictividad y animadversión existente entre los progenitores que hace desaconsejable, por el momento, un sistema de custodia compartida.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 12 de abril de 2016, rec. 1225 de 2015 :

«La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2014 ).

»Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. ( Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013 )».

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Aplicada la referida doctrina al caso de autos, debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS.

Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor.

Igualmente consideramos que se ha adoptado un sistema de visitas proporcionado, con fines de semana alternos, mitad de vacaciones y dos tardes en semana.

#### **Sexto.**

Motivo segundo. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la infracción del art. 90 , 91 y 1362.2 CC . Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias TS Sala 1.ª de 5 de noviembre de 2008 y de 28 de marzo de 2011 .

El recurrente mantiene que no se puede considerar la hipoteca carga del matrimonio, ni se le puede imponer al recurrente la obligación de asumir la totalidad del préstamo hipotecario, pues es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha venido declarando que la hipoteca que grava el domicilio familiar es una deuda de la sociedad de gananciales y por tanto incluida en el art. 1362.2 CC y mientras la sociedad de gananciales no sea liquidada, deberá ser pagada por mitad por los propietarios del inmueble.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**Séptimo. Respuesta de la Sala.**

Se estima el motivo.

Nada declara la sentencia de la Audiencia sobre el préstamo hipotecario, si bien la del Juzgado lo considera una carga del matrimonio, pese a lo declarado por esta sala que ha mantenido que no es tal carga sino una deuda de la sociedad de gananciales ( art. 1362.2 C. Civil ) ( Sentencias de 28-3-2011 y 5-11-2008 ).

Como tal deuda ha de ser afrontada al 50% por cada uno de los cónyuges, sin que pueda alterarse la obligación por razón del interés del menor, el cual debió de ser valorado a la hora de calcular la pensión por alimentos.

**Octavo.**

Motivo tercero. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la infracción del art. 146 CC . Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias del TS Sala 1.ª de 12 de febrero de 2015 y 10 de julio de 2015 .

El recurrente alega que le han cambiado de puesto de trabajo lo que supone una modificación en cuanto al horario y una disminución de los ingresos, pasando a cobrar 1.800 euros, en atención a esta disminución de sus ingresos como se documentó en el recurso de apelación deberá fijarse la pensión de alimentos. La Audiencia no hace mención alguna a su situación económica, por ello se vulnera la doctrina sobre el principio de proporcionalidad porque mantener la pensión de alimentos que fue fijada en la primera instancia supone dejar al recurrente con tan solo 100 euros para subsistir, de manera que dejar en la indigencia al alimentante es claramente contrario al principio de proporcionalidad, pues el progenitor custodio también tiene obligación de contribuir al sostenimiento de las necesidades del menor. También alegó que el pago de la totalidad del préstamo hipotecario le impedía poder hacer frente a sus propias necesidades.

**Noveno. Respuesta de la Sala.**

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se ha valorado la falta de trabajo de la madre, las necesidades del menor y los ingresos del padre, los que pese a que pudieran haberse reducido, no queda en la indigencia, dado que se ha declarado por esta Sala, al resolver el presente recurso, que el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda, ha de abonarse al 50%, por lo que no se considera infringido el art. 146 del C. Civil , dado que la cuantía de los alimentos es proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

**Décimo.**

Estimados los recursos, al menos en parte, no procede imposición de las costas devengadas ante esta Sala.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### 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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Maximiliano , contra sentencia de 22 de mayo de 2015 de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid .

2.º Casar parcialmente la resolución recurrida en el sentido de que la deuda proveniente del préstamo hipotecario habrá de afrontarse al 50% por cada uno de los cónyuges.

3.º Procédase a la devolución de los depósitos para recurrir.

4.º No procede imposición de las costas devengadas ante esta Sala. 5.º- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir en apelación. 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. Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.