



Roj: **STS 1207/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1207**

Id Cendoj: **28079110012022100243**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2022**

Nº de Recurso: **1941/2021**

Nº de Resolución: **228/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 4ª, 12-02-2020 (rec. 393/2019),  
STS 1207/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 228/2022**

Fecha de sentencia: 28/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1941/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2022

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1941/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 228/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 28 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2020, dictada en recurso de apelación 393/2019, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante de autos de juicio de divorcio 27/2018, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Orihuela; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Julia , representada en las instancias por la procuradora Dña. Esther Escudero Mora, bajo la dirección letrada de D. Ángel Ramón Torres Blázquez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Celso , representado por la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora, bajo la dirección letrada de D. Francisco José Argilés Pérez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- Dña. Julia , representada por la procuradora Dña. Esther Escudero Mora y dirigida por el letrado D. Ángel R. Torres Blázquez, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Orihuela, incoándose procedimiento de familia, divorcio contencioso 378/2017, demanda interpuesta contra D. Celso , en la que alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Decretando la disolución por divorcio del matrimonio de mi representada y su esposo, con todos los pronunciamientos que en justicia procedan, incluyendo la condena en costas de la demandada si se opusiera, y con la adopción de las siguientes medidas definitivas:

"1.º- Atribución de la patria potestad de los hijos menores a ambos cónyuges, quedando la guardia y **custodia** para la madre.

"2.º- El establecimiento del siguiente régimen de visitas a favor del padre:

"A) Durante los períodos ordinarios o escolares del año:

" El padre tendrá derecho a estar con sus hijos los fines de semana alternos, con pernocta, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta las 21:00 horas del domingo durante los meses de mayo a octubre y, hasta las 20:00 horas, durante el resto de los meses.

" El padre tendrá derecho a estar con sus hijos todos los martes y jueves desde las 17:00 horas o desde la salida del centro escolar (según los casos), hasta las 21:00 horas.

"B) Durante los períodos vacacionales de la Navidad, Semana Santa y verano:

"Navidad se disfrutarán por mitad por ambos progenitores y se dividirá en dos períodos:

" Primer período: desde la salida del último día del centro escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre.

" Segundo período: desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 14:00 del día 6 de enero.

"De estos dos períodos antes indicados le corresponderá a la madre el primer período vacacional en los años impares y el segundo período en los años cuya terminación sea par. Inversamente queda establecido para el padre.

"Semana Santa: se disfrutará por mitad por ambos progenitores y se dividirá en dos períodos:

" Primer período: desde las 17:00 o desde la salida del centro escolar del viernes de Dolores hasta las 20:00 horas del domingo de Resurrección.

" Segundo período: desde las 20:00 horas del domingo de Resurrección hasta las 20:00 horas del primer lunes de Pascua.

"De estos períodos vacacionales, le corresponderá a la madre el primero en los años impares y, el segundo, en los años cuya terminación sea par. Inversamente queda establecido para el padre.

"Verano: Se disfrutará por mitad por ambos progenitores y por períodos quincenales alternos que se distribuirán en seis períodos:

" Primer período: desde las 17:00 horas o desde la salida del centro escolar hasta las 21:00 horas del día 1 de julio.

" Segundo período: desde las 21:00 horas del 1 de julio hasta las 21:00 horas del día 15 de julio.



- " Tercer período: desde las 21:00 horas del 15 de julio hasta las 21:00 horas del día 31 de julio.
- " Cuarto período: desde las 21:00 horas del 31 de julio hasta las 21:00 horas del día 15 de agosto.
- " Quinto período: desde las 21:00 horas del 15 de agosto hasta las 21:00 horas del día 31 de agosto.
- " Sexto período: desde las 21:00 horas del 31 agosto hasta las 21:00 horas del día anterior al comienzo del período escolar.
- "De estos períodos vacacionales, le corresponderán a la madre en los años impares, el primero, el tercero y el quinto y en los años cuya terminación sea par, el segundo, el cuarto y el sexto. Inversamente queda establecido para el padre.
- "De común aplicación a todos los períodos:
- "1.- Durante los períodos de vacaciones de Semana Santa, Navidad y verano, se interrumpen las visitas entre semana.
- "2.- El lugar de recogida y entrega de los menores será el domicilio de la madre o, en su caso, en el centro escolar donde las menores cursen sus estudios, y podrá ser realizada por cualquier familiar directo del padre.
- "3.- Si cualquiera de los progenitores cambiase de domicilio deberá comunicárselo inmediatamente al otro.
- "4.- Con independencia de lo establecido para el régimen de visitas, las menores estarán con la madre el día de la madre, y con el padre, el día del padre, desde las 10:00 hasta las 21:30 horas.
- "5.- Los progenitores se obligan mutuamente a poner en conocimiento de forma inmediata cualquier alteración en el estado de salud de sus hijas cuando se encuentren en su compañía, así como posibles anomalías en sus estudios, comportamiento o relaciones sociales.
- "3.º- La atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, y la plaza de garaje y trastero de uso habitual de dicho piso, sito en AVENIDA000 , NUM000 de DIRECCION000 (Alicante) para los hijos menores de edad y su madre bajo cuya **custodia** quedan y, así como del ajuar y mobiliario doméstico.
- "4.º- La fijación, como pensión de alimentos a satisfacer por el esposo a favor de los hijos menores de edad, de la cantidad de ochocientos euros (800,00.-€) mensuales, a razón de 400.-€ mensuales por cada hijo menor, cantidad que será exigible desde la presentación de la demanda y que el demandado deberá abonar a mi representada en doce mensualidades, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante el ingreso en la cuenta bancaria que se designará al efecto.
- "Dicha cantidad deberá ser actualizada anualmente conforme al índice de precios al consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística o baremo que lo sustituya con fecha de primero de enero de cada año, y aunque el cálculo de esa variación no fuera posible en el mismo mes de enero, su efecto será retroactivo a dicho mes a partir de que sea posible su cálculo y sin necesidad de requerimiento previo.
- "Los gastos extraordinarios de los hijos serán abonados al 50% por ambos progenitores. Tendrán expresamente tal consideración de gasto extraordinario, a modo enunciativo y no taxativo, todos los medicamentos no genéricos y las especialidades farmacéuticas de los hijos prescritas por facultativo que no sean cubiertos por la Seguridad Social, el oculista, las gafas, el dentista y la ortodoncia, en su caso; las clases de refuerzo que sean recomendadas como necesarias por su profesor para el buen rendimiento escolar. A tal fin, será presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica. La falta de oposición expresa, en el plazo de cinco días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito.
- "Asimismo ambos progenitores contribuirán en el 50% del importe de los gastos escolares que se ocasionen al principio y durante el curso tales como matrículas, libros, material escolar, Ampa y uniformes si los hubiera.
- "Igualmente, y para el caso de que los hijos comunes cursen estudios universitarios ambos progenitores pagarán por mitad el importe de la matrícula y aquellos gastos que se deriven con motivo de los estudios universitarios, tales como transporte o alojamiento en otra ciudad.
- "5.º- La fijación como carga del matrimonio, de la obligación a cada uno de los cónyuges del pago de la mitad del importe de la hipoteca que grava el domicilio familiar y ello hasta que se extinga el condominio sobre dicha finca y se cancele la hipoteca.



"Igualmente ambos cónyuges estarán obligados al pago de todos aquellos seguros, impuestos y gastos que tengan su origen en la copropiedad del domicilio familiar, manteniendo una cuenta bancaria conjunta en la que harán los correspondientes ingresos periódicos.

"6.º- La fijación como pensión por desequilibrio económico, a favor de la esposa de la cantidad de doscientos euros (200,00.-€) mensuales durante cinco años, cantidad que el demandado deberá abonar a mi representada en doce mensualidades, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante el ingreso en la cuenta bancaria que designará al efecto.

"Dicha cantidad deberá ser actualizada anualmente conforme al índice de precios al consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística o baremo que lo sustituya, con carácter acumulativo y sin necesidad de requerimiento previo".

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Celso , representado por la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora y bajo la dirección letrada de D. Francisco José Argilés Pérez, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Declarando haber lugar al divorcio solicitado, desestimando todos los demás pedimentos de la parte actora imponiéndole expresamente las costas del presente procedimiento, y en particular se declare:

"1.º- La disolución del matrimonio por divorcio, con todos los pronunciamientos inherentes al mismo, la revocación de consentimientos y poderes.

"2.º- Que en defecto de pacto acuerde conceder el contenido de la siguiente propuesta de convenio regulador:

"Régimen de convivencia y/o relación con los hijos menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. Patria potestad y guarda y **custodia** de los hijos.

"Los hijos menores de edad habidos en el matrimonio, Celso y Lourdes , quedarán sometidos a la patria potestad conjunta de ambos progenitores, asimismo, la guarda y **custodia** de los hijos menores de los comparecientes será ejercida de forma compartida por ambos progenitores, aplicando el régimen ordinario semanal alterno, y a tales efectos, se solicita que los hijos residan por períodos semanales alternos, de forma que los menores residirán una semana en el que hasta este momento ha sido el domicilio familiar en compañía de su madre y una semana en el domicilio del padre.

"El día del Padre, el de la Madre, el del cumpleaños y santo de cada padre, podrá el progenitor correspondiente tener a los niños desde la salida de la guardería/colegio, hasta las 20 horas, y si no es lectivo desde las 11,00 hasta las 20 horas. Este mismo horario se aplicará el día del cumpleaños de los menores, correspondiendo los años pares a la madre y los impares al padre.

"El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

"El uso y disfrute del domicilio familiar se solicita sea atribuido junto con el ajuar familiar a los hijos menores habidos en el matrimonio y a su madre, solicitando que el mismo dadas las circunstancias mencionadas en la presente demanda sea concedido con una limitación temporal de forma que la demandante sólo pueda ocupar dicha vivienda por un plazo máximo de dos años o hasta el momento, si se produce, que empiece a convivir en el domicilio familiar con su actual pareja, y todo ello a efectos de justicia material y en aras a evitar un perjuicio para mi representado y propiciar un enriquecimiento injusto para la demandante.

"De la cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos.

"Por lo que se refiere a los gastos, cada progenitor deberá sufragar los gastos de manutención de los hijos cuando los tenga consigo y en cuanto a los demás gastos extraordinarios de los menores, deberán ser satisfechos al 50% por ambos progenitores, si se dieren.

"3.º- Que desestime la petición de contrario realizada en cuanto a la pensión por desequilibrio económico, la cual en definitiva debe de ser desestimada.

"4.º- Que se desestime la petición de considerar como carga del matrimonio la hipoteca que grava la vivienda familiar, el seguro, el IBI y demás tasas y gastos que tengan origen en el derecho de propiedad.

"5.º- Que se declare disuelta la sociedad de gananciales, dejando para un posterior momento su liquidación, previo inventario".

3.- Dada cuenta al Ministerio Fiscal, se personó en las actuaciones y contestó a la demanda y solicitó que:

"En su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".



4.- La parte demandante solicitó la inhibición y remisión de las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Orihuela, al haberse incoado en el mismo diligencias previas por violencia de género y por auto de fecha 15 de febrero de 2018 se acordó la inhibición del conocimiento y actuaciones y la remisión de las mismas al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Orihuela, ordenando la comparecencia de las partes en dicho juzgado.

5.- Por providencia de 6 de abril de 2018, se recibieron las actuaciones en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Orihuela, aceptando su inhibición, registrándose con número de procedimiento de familia, divorcio contencioso 27/2018, y continuando la diligenciación del mismo.

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Orihuela se dictó sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando la demanda de divorcio interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Escudero Mora, en nombre y representación de Dña. Julia frente a Celso, representado por la procuradora Sra. Valero Mora debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído por los litigantes el día 6 de septiembre de 2003 en DIRECCION000, con los efectos inherentes al mismo y en especial los siguientes:

"1.º Se atribuye a la esposa, Sra. Julia la guarda y **custodia** de los dos hijos del matrimonio Celso nacido el NUM001 de 2005 y Lourdes, nacida el NUM002 de 2011.

"2.º Se atribuye a los menores y a la madre el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la AVENIDA000, n.º NUM000 de DIRECCION000.

"3.º Se establece como régimen de visitas a favor del padre los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20:30 horas del domingo, así como dos días a la semana, en la semana en que el padre no le corresponda el fin de semana, martes y jueves con recogida de los menores a la salida del colegio siendo reintegrados al día siguiente en el centro escolar. Y la mitad de las vacaciones de Navidad (que se divide en dos periodos: el primero, desde la salida del último día del centro escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre y el segundo, desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 14:00 horas del día 6 de enero), Semana Santa (que se dividirá en dos periodos: desde las 17:00 horas o desde la salida del colegio del viernes de Dolores hasta las 20:00 horas del domingo de Resurrección y un segundo periodo desde las 20:00 horas del domingo de Resurrección hasta las 20:00 horas del primer lunes de Pascua) y verano (considerándose vacaciones los meses de julio y agosto que se dividirán por quincenas y se disfrutarán de modo alterno); en todo caso elegirá periodo el padre en los años pares y la madre en los años impares.

"4.º Se impone al Sr. Celso la obligación de abonar a la Sra. Julia en concepto de pensión de alimentos a favor de sus hijos la suma de 270 euros mensuales por hijo, suma que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, y que deberá actualizarse anualmente acorde con los incrementos del IPC o índice que lo sustituya. Corresponde a ambos progenitores por mitad el pago de los gastos extraordinarios de los menores teniendo tal consideración los gastos médico-sanitarios, no cubiertos por los sistemas públicos o por seguros privados; los gastos de índole educativo tales como matrículas, y libros de texto, no cubiertos por la gratuidad en la enseñanza así como los viajes y excursiones escolares; y los derivados de actividades lúdicas o extraescolares que estén realizando en este momento los menores.

"5.º Se impone al Sr. Celso la obligación de abonar a la Sra. Julia en concepto de pensión compensatoria la suma mensual de 150 euros suma que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, y que deberá actualizarse anualmente acorde con los incrementos del IPC o índice que lo sustituya. Esta obligación tendrá una duración de cinco años y una vez transcurridos (contados desde la fecha de esta resolución) la obligación quedará sin efecto sin necesidad de requerimiento.

"6.º Las cargas familiares (pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar) serán satisfechas por mitad por ambos cónyuges así como el pago de los gastos derivados de la propiedad de la vivienda familiar tales como IBI, seguro, etc.

"Todo ello sin condena en las costas procesales".

Y con fecha 6 de marzo de 2019 se dictó auto de aclaración en cuya parte dispositiva se aclara el fundamento jurídico cuarto y el fallo de la sentencia, acordándose para el fallo:

"Se aclara la sentencia dictada en los presentes autos de fecha 12 de diciembre de 2018 en el sentido siguiente: [...]

"Y en el fallo de la mentada resolución donde dice:



"4.º Se impone al Sr. Celso la obligación de abonar a la Sra. Julia en concepto de pensión de alimentos a favor de sus hijos la suma de 270 euros mensuales por hijo, suma que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, y que deberá actualizarse anualmente acorde con los incrementos del IPC o índice que lo sustituya. Corresponde a ambos progenitores por mitad el pago de los gastos extraordinarios de los menores teniendo tal consideración los gastos médico sanitarios, no cubiertos por los sistemas públicos o por seguros privados; los gastos de índole educativo tales como matrículas, y libros de texto, no cubiertos por la gratuidad en la enseñanza así como los viajes y excursiones escolares; y los derivados de actividades lúdicas o extraescolares que estén realizando en este momento los menores.

"Debe decir:

"4.º Se impone al Sr. Celso la obligación de abonar a la Sra. Julia en concepto de pensión de alimentos a favor de sus hijos la suma de 270 euros mensuales por hijo, suma que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, y que deberá actualizarse anualmente acorde con los incrementos del IPC o índice que lo sustituya. La obligación de pago de alimentos se establece desde la interposición de la demanda (marzo de 2017). Corresponde a ambos progenitores por mitad el pago de los gastos extraordinarios de los menores teniendo tal consideración los gastos médico-sanitarios, no cubiertos por los sistemas públicos o por seguros privados; los gastos de índole educativo tales como matrículas, y libros de texto, no cubiertos por la gratuidad en la enseñanza así como los viajes y excursiones escolares; y los derivados de actividades lúdicas o extraescolares que estén realizando en este momento los menores".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora, representante procesal del demandado D. Celso .

2.- El recurso de apelación correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, recurso de apelación 393/2019, donde se dictó sentencia, con fecha 12 de febrero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Celso , representado por la Procuradora Sra. Valero Mora, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número uno de Orihuela con fecha 12 de diciembre de 2018, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos ésta y en su lugar acordamos:

"1.º- Los dos hijos menores de la pareja quedarán bajo la guarda y **custodia** compartida de sus padres.

"2.º El reparto del tiempo se hará, en principio atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento de los padres. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de **custodia** será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, cuando, quién tenga la **custodia** dejará a los menores en el centro escolar, haciéndose ya cargo el otro de recogerlos. Si fuere festivo el lunes, quién haya de entregar a los niños los dejará en el domicilio del otro a la hora habitual de entrada en el colegio. Durante los meses de julio y agosto las estancias serán quincenales.

"3.º Ambos progenitores habrán de acudir, en trámite de ejecución de sentencia, a un sistema de intervención o mediación familiar con la finalidad de mejorar la relación y colaboración entre ellos en interés y por el bienestar de sus dos hijos menores. Dicho programa se llevará a cargo de un servicio público como el Instituto de Atención a la Familia DIRECCION001 o, privado para el supuesto de que ambos progenitores aparecieran conformes en ello.

"4.º Cada progenitor atenderá los gastos ordinarios de los menores mientras los tenga consigo. Al resto de gastos, ordinarios o extraordinarios, incluyendo la matrícula y cuotas escolares, contribuirán al 50%.

"Sin perjuicio de lo anterior, D. Celso abonará a Dña. Julia la cantidad de 200 euros mensuales por cada uno de los menores, para contribuir a la satisfacción de las necesidades de éstos mientras permanezcan con la madre. El régimen de actualización y pago de esta cantidad será el establecido en la sentencia para la pensión alimenticia.

"5.º Se atribuye el uso del domicilio familiar a favor de la Sra. Julia durante el plazo de un año a partir de la notificación de la presente. Transcurrido dicho plazo y hasta su venta o la liquidación de la sociedad de gananciales, pasarán a ocuparla por periodos sucesivos y alternos anuales, iniciando dicha alternancia el Sr. Celso .

"6.º No ha lugar a fijar pensión compensatoria a cargo del Sr. Celso y a favor de la Sra. Julia .



"Se mantienen el resto de medidas establecidas en la sentencia de instancia en tanto sean compatibles con los anteriores pronunciamientos.

"No procede realizar pronunciamiento declarativo expreso alguno sobre imposición de las costas procesales derivadas del recurso de apelación interpuesto.

"Dese el destino legal al depósito constituido para el recurso".

Y en fecha 14 de julio de 2020, mediante auto, se acordó no haber lugar a la petición de aclaración de la sentencia solicitada por el apelante, demandado, y en su lugar su representación procesal la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora.

**TERCERO.- Interposición y sustanciación de los recursos ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.**

1.- Por Dña. Julia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero: previsto en el art. 469.1.2.º de la LEC. La sentencia impugnada vulnera las normas procesales reguladoras de la sentencia, con infracción del art. 96.2 CC, cuya aplicación analógica a los supuestos de **custodia** compartida impone al juez el mandato normativo de ponderar las circunstancias concurrentes del caso en concreto, y del art. 218 apartados 1.º y 2.º de la LEC, relativo a la motivación de las resoluciones judiciales acordes a la apreciación y a los elementos fácticos y jurídicos del pleito. Falta de motivación.

Motivo segundo: previsto en el art. 469.1.3.º de la LEC. La sentencia impugnada vulnera en el proceso civil derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución, con vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los tribunales de Dña. Julia, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Existe vulneración del art. 24.1 CE relativo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que la estimación del recurso de apelación y correlativa revocación de la sentencia de instancia, atribuyendo el uso y disfrute de la vivienda familiar a ambos esposos por periodos anuales sucesivos y alternativos hasta su venta o liquidación de la sociedad de gananciales, es fruto de una decisión no ajustada a derecho, de una interpretación arbitraria y manifiestamente irrazonable por contravenir el mandato normativo de ponderar las circunstancias concurrentes del caso en concreto del art. 96.2 CC.

Motivo tercero: previsto en el art. 469.1.2.º de la LEC. La sentencia impugnada vulnera las normas procesales reguladoras de la sentencia, con infracción del art. 93 CC y 146 CC, por vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia a favor de hijos menores de edad y el art. 218 apartados 1.º y 2.º de la LEC, relativo a la motivación de las resoluciones judiciales acordes a la apreciación y a los elementos fácticos y jurídicos del pleito. Falta de motivación.

Motivo cuarto: previsto en el art. 469.1.3.º de la LEC. La sentencia impugnada vulnera en el proceso civil derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución con vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los tribunales de Dña. Julia, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Existe vulneración del art. 24.1 CE, relativo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que la estimación del recurso de apelación y correlativa revocación de la sentencia de instancia, rebajando el importe de la pensión de alimentos fijada a cargo del padre, es fruto de una decisión no ajustada a derecho, de una interpretación arbitraria y manifiestamente irrazonable por contravenir el art. 146 de CC que exige el necesario juicio de ponderación entre las necesidades de los hijos menores de edad y el caudal o medios de los progenitores obligados al pago.

Motivo quinto: previsto en el art. 469.1.2.ª de la LEC. La sentencia impugnada vulnera las normas procesales reguladoras de la sentencia, con infracción del art. 91 CC en relación a la debida apreciación de las circunstancias en él enumeradas, cuyo análisis es imprescindible para determinar la procedencia, cuantía y duración de la pensión compensatoria, así como para elaborar el necesario juicio prospectivo que llevará al juzgador a calcular las posibilidades de superación del eventual desequilibrio que pueda ocasionar a los esposos el divorcio; y del art. 218 apartados 1.º y 2.º de la LEC, relativo a la motivación de las resoluciones judiciales acordes a la apreciación y a los elementos fácticos y jurídicos del pleito. Falta de motivación.

Motivo sexto: previsto en el art. 469.1.3.º de la LEC. La sentencia impugnada vulnera en el proceso civil derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución con vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los tribunales de Dña. Julia, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Existe vulneración del art. 24.1 CE relativo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que la estimación del recurso de apelación y correlativa revocación de la sentencia de instancia, declarando improcedente la pensión compensatoria por importe de 150 euros mensuales y duración de cinco años, es fruto de una decisión no ajustada a derecho, de una interpretación arbitraria y manifiestamente irrazonable



por contravenir el mandato normativo de ponderar las circunstancias concurrentes del caso en concreto del art. 97 CC.

El recurso de casación basado en:

Primer motivo. - Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por infracción o vulneración del art. 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española, en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, STS 558/2020, de 26 octubre, STS 517/2017, de 22 de septiembre, STS 193/2013, de 15 de marzo, STS 174/2015, de 25 de marzo, rec. 2446/2013 y STS 282/2015, de 18 de mayo, rec. 2302/2013, entre otras, que imponen al juez la obligación de realizar una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención al factor esencial constituido por el interés más necesitado de protección, que es aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y el tener cubiertas las necesidades de habitación. La madre carece de capacidad económica suficiente para cubrir las necesidades de habitación de sus dos hijos y es previsible que en el corto tiempo de un año desde la sentencia de divorcio tampoco pueda mejorarla. Se infringe el art. 96.2 CC porque en su aplicación se vulnera el principio de prevalencia del interés superior de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades ya que no quedan garantizadas sus necesidades de habitación durante los períodos de convivencia con la madre y de ahí nace el interés casacional de este motivo.

Segundo motivo. Al amparo del art. 477.2 3.º LEC, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, por infracción del art. 146 CC y 93 CC y 39.1 y 3 CE en la interpretación de las sentencias del TS 83/2018, de 14 febrero, STS 636/2016, de 25 octubre, STS 586/2015, de 21 de octubre, STS 395/2015, de 15 de julio, y STS 749/2002, de 16 de julio, que exigen el necesario juicio de proporcionalidad del art. 146 CC en la determinación del importe de la pensión alimenticia a favor de hijos menores de edad en virtud del cual la pensión de alimentos deberá ser proporcional a la capacidad económica del alimentante y a las necesidades del alimentista y que cuando dicha obligación recaiga en dos o más personas se repartirá entre ellas el pago en cantidad proporcional a su caudal respectivo. En dicha ausencia reside el interés casacional del presente motivo por cuanto la revocación de la SAP se ha producido indebidamente y con absoluto desprecio a las prescripciones del art. 146 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo desarrolla y da como resultado un pronunciamiento ilógico.

Tercer motivo.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por infracción o vulneración del art. 97 del CC, dado que la sentencia dictada por la Audiencia se opone a la jurisprudencia sentada por las sentencias STS 100/2020, de 12 de febrero, en recurso 1512/2019, STS 104/2014, de 20 de febrero, en recurso 2489/2012; STS 91/2014, de 19 de febrero, en rec. 2458/2012; STS 562/2009, de 17 de julio, rec. 1369/2004, entre otras, que vienen a establecer que la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho a recibir pensión, porque puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro son absolutamente dispares para lo que es preciso ponderar en conjunto la concurrencia de las circunstancias del art. 97 CC. El interés casacional reside en la existencia del desequilibrio económico que da derecho a la esposa a percibir la pensión compensatoria que ha sido indebidamente revocado por la Audiencia porque no se ha hecho la debida ponderación conjunta de las circunstancias concurrentes del art. 91 CC.

Cuarto motivo. - Al amparo del art. 477.2.3 LEC, por infracción del art. 97 CC, dado que la sentencia dictada por la Audiencia se opone a la jurisprudencia sentada por la STS 153/2018, de 15 de marzo, y cuya doctrina reproduce la más reciente STS 598/2019, de 7 de noviembre, que resume la jurisprudencia de la Sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria y la realización del necesario juicio prospectivo del órgano judicial realizado con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre, sobre la idoneidad o aptitud de la beneficiaria de superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto. La realización por el órgano judicial de ese necesario juicio prospectivo constituye el fundamento casacional del presente motivo que justifica que se case la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se determine la extensión temporal de la pensión compensatoria durante cinco años.

Quinto motivo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por infracción o vulneración del art. 92.7 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española, en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, STS 36/2016, de 4 febrero, STS 585/2015, de 21 de octubre, entre otras, que declaran que la **custodia** compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción, actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar



y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El interés casacional del presente motivo reside en la improcedencia de la **custodia** compartida ante la falta del mutuo respeto necesario entre los cónyuges, evidenciada por la condena por violencia de género, que estaba en trámite de recurso de apelación, por haber sido condenado en primera instancia el recurrente.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se recabó la documentación necesaria para la sustanciación del recurso y por auto de fecha 3 de noviembre de 2021, 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.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora, en nombre y representación de D. Celso, presentó escrito de oposición a los mismos; por su parte el fiscal, en su informe, interesó la estimación de los motivos primero, segundo y quinto del recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 16 de marzo de 2022, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

#### 1. Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Se ejercita ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Orihuela, demanda de divorcio por la esposa, en la que entre otras medidas se solicitaba la atribución de la guarda y **custodia** de los dos hijos menores ( Celso, nacido el NUM001 de 2005, y Lourdes, nacida el NUM003 de 2003) a la madre.

A la citada medida formuló oposición el padre, solicitando la guarda y **custodia** compartida.

La sentencia de primera instancia, con base en el informe psicosocial y, principalmente, el resultado "claro y contundente" del resultado de la exploración realizada al hijo mayor, atribuye la guarda y **custodia** a la madre.

#### 2. Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por el padre demandado, la sala de apelación con estimación parcial del recurso acuerda la guarda y **custodia** compartida de los menores, con alternancia semanal, y con las consiguientes consecuencias respecto de las medidas adoptadas.

La sala considera que ambos progenitores tienen disponibilidad horaria y apoyo para la atención de los menores, y que en el informe psicosocial se constata que los problemas para adopción de la guarda y **custodia** compartida vendrían dados por algunas características de la esposa, que se muestra poco favorable a la negociación en beneficio de sus hijos, proponiendo su solución a través de una estrategia de intervención y mediación familiar. Por todo ello, considera la sala de apelación que el régimen de guarda y **custodia** compartida, por semanas completas, sería el más idóneo en el caso examinado.

#### 3. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Contra la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante se interpone por la madre recurso extraordinario por infracción procesal y de casación

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en varios motivos: el primero, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1.2.º LEC, por infracción del art. 218, 1.º y 2.º LEC, por falta de motivación de la sentencia impugnada, al no haber examinado todas las circunstancias concurrentes en el presente caso, en cuanto a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar; el segundo, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 24 CE, al no existir en la sentencia impugnada ningún juicio ponderativo, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar; el tercero, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 218, 1.º y 2.º LEC, en relación con los arts. 93 y 146 CC, por falta de motivación de la sentencia impugnada respecto de la determinación del importe de la pensión alimenticia; el cuarto, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 24 CE, en relación con el art. 146 CC, por cuanto la rebaja de la pensión alimenticia sería fruto de una interpretación arbitraria y manifiestamente irrazonable; el quinto, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 218, 1.º y 2.º LEC, por cuanto no se habrían tenido en cuenta las circunstancias a ponderar conforme el art. 97 CC, para el reconocimiento de una pensión compensatoria; y el sexto, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del



art. 24 CE, en relación con el art. 97 CC, al considerar que la decisión desestimatoria respecto de la pensión compensatoria, constituiría una decisión arbitraria y manifiestamente irrazonable.

Por su parte, el recurso de casación se funda en cinco motivos: el primero, por infracción del art. 96 CC, en relación con los arts. 348 CC y 33 CE, por considerar que se habría vulnerado el principio de prevalencia del interés superior del menor a una vivienda adecuada a sus necesidades al no quedar garantizadas sus necesidades durante los periodos de convivencia con la madre, por lo que procedería la atribución de su derecho de uso a la madre por un periodo no inferior a cinco años, siendo absolutamente falso que la recurrente conviva maritalmente con otra persona; el segundo, por infracción de los arts. 146 y 93 CC, en relación con el principio de proporcionalidad en la determinación del importe de las pensiones alimenticias, pues el padre tendría un nivel de ingresos de 4.166,6 euros al mes, que podría revisarse al alza, mientras que la madre percibiría 746 euros, teniendo que hacer frente a la mitad de la hipoteca demás gastos de propiedad, por lo que el importe de la pensión alimenticia debería de ser fijada en 270 euros al mes, para cada uno de los dos hijos; el tercero, por infracción del art. 97 CC, al entender que existiría un desequilibrio económico tras la ruptura con ingresos absolutamente dispares, atendidos los 14 años de duración del matrimonio, la edad de 48 años de la esposa, actualmente desempleada por despido (según alega), que carece de cualificación profesional, habiendo solicitado una reducción de jornada cuando los niños eran pequeños para darles mayor dedicación, por lo que debería establecerse una pensión compensatoria por importe de 150 euros al mes durante cinco años; el cuarto, por infracción del art. 97 CC, en relación al juicio prospectivo sobre la pensión compensatoria, por cuanto procedería el establecimiento de una pensión compensatoria por importe de 150 euros por cinco años; y el quinto, por infracción del art. 92.7 CC, en relación con los arts. 348 CC y 33 CE, al entender que la falta de respeto entre los cónyuges, evidenciada por la condena por violencia de género, que estaba en trámite de recurso de apelación, impediría la adopción de la guarda y **custodia** compartida.

Dado los datos revelados en el motivo quinto del recurso casación, al no constar en actuaciones, en trámite de admisión se instó vía exhorto que por el Juzgado de Violencia núm. 1 de DIRECCION000, se remitiera a este tribunal testimonio de la sentencia de juicio rápido por delito leve, con indicación, en su caso, de su firmeza o estado del trámite de las actuaciones. Exhorto que consta debidamente cumplimentado y unido al rollo de admisión, y del que resulta la existencia de sentencia condenatoria al esposo por un delito leve de vejaciones injustas, con una pena 10 días de localización permanente y pago de costas, sentencia que fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, al resultar clara la realización de las vejaciones y ofensas realizadas.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** Esta sala comenzará por el análisis del recurso de casación (y alterando el orden), dado que gran parte de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal están supeditados a lo que se resuelva en sede de casación.

#### **TERCERO.-** *Motivo quinto.*

Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por infracción o vulneración del art. 92.7 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española, en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, STS 36/2016, de 4 febrero, STS 585/2015, de 21 de octubre, entre otras, que declaran que la **custodia** compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción, actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El interés casacional del presente motivo reside en la improcedencia de la **custodia** compartida ante la falta del mutuo respeto necesario entre los cónyuges, evidenciada por la condena por violencia de género, que estaba en trámite de recurso de apelación, por haber sido condenado en primera instancia el recurrente.

#### **CUARTO.-** *Decisión de la Sala. Custodia compartida.*

Se desestima el motivo.

Esencialmente la recurrente entiende que de acuerdo con el art. 92.7 del C. Civil, no puede establecerse la **custodia** compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la integridad moral del otro cónyuge.



En el presente caso consta condena del Sr. Celso por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de 2019.

Dado que de acuerdo con el art. 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis meses, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de la **custodia** compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal, por lo que cuando la Audiencia Provincial fijó el sistema de **custodia** compartida, no infringió el art. 92.7 del C. Civil.

A ello debe añadirse que la hoy recurrente se mostró conforme con el amplio régimen de visitas fijado al padre de fines semanas alternos y dos tardes entre semana con pernocta, lo cual evidencia que lo consideraba apto para una convivencia amplia con los hijos.

#### **QUINTO.-** Motivo primero.

Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por infracción o vulneración del art. 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española, en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, STS 558/2020, de 26 octubre, STS 517/2017, de 22 de septiembre, STS 193/2013, de 15 de marzo, STS 174/2015, de 25 de marzo, rec. 2446/2013 y STS 282/2015, de 18 de mayo, rec. 2302/2013, entre otras, que imponen al juez la obligación de realizar una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención al factor esencial constituido por el interés más necesitado de protección, que es aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y el tener cubiertas las necesidades de habitación. La madre carece de capacidad económica suficiente para cubrir las necesidades de habitación de sus dos hijos y es previsible que en el corto tiempo de un año desde la sentencia de divorcio tampoco pueda mejorarla. Se infringe el art. 96.2 CC porque en su aplicación se vulnera el principio de prevalencia del interés superior de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades ya que no quedan garantizadas sus necesidades de habitación durante los periodos de convivencia con la madre y de ahí nace el interés casacional de este motivo.

"Desarrollo del motivo: La sentencia dictada el día 12 de febrero de 2020 por parte de esa Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante el rollo de apelación núm. 393/2019, tramitado en resolución del recurso de apelación presentado por la parte contraria contra la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2018 y su posterior auto de aclaración de fecha 6 de marzo de 2019 por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º Uno de DIRECCION000, en los autos de divorcio contencioso 27/2018, se estima que la misma hace una interpretación incorrecta del art. 96 del CC por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española, al aplicarlo en un caso como el presente, implica una infracción justificativa del acceso a la casación con fundamento en el art. 477.1 y 2.3.º de la LEC".

#### **SEXTO.-** Decisión de la Sala. Atribución de la vivienda.

Se estima el motivo.

Alega la recurrente que para el caso de que se estableciese la **custodia** compartida, se fije un tiempo de cinco años para el uso de la vivienda por la madre e hijos, dado que es el interés más necesitado de protección o, al menos, el de dos años que solicitó el padre en la contestación a la demanda.

La sala ha reiterado, respecto de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y **custodia** compartida, que:

"[...]la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la **custodia** compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la **custodia** de un progenitor y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".

"Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos[...]" ( STS 513/2017, de 22 de septiembre, con cita de otra jurisprudencia)".

En base a la referida doctrina jurisprudencial procede fijar un plazo de dos años, desde la presente sentencia, por el que se atribuye la vivienda familiar a la Sra. Julia, período con el que se contribuye a la adaptación al nuevo escenario económico, en el que deberá buscar nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los menores.

**SÉPTIMO.-** *Motivo segundo.*

Al amparo del art. 477.2 3.º LEC, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, por infracción del art. 146 CC y 93 CC y 39.1 y 3 CE en la interpretación de las sentencias del TS 83/2018, de 14 febrero, STS 636/2016, de 25 octubre, STS 586/2015, de 21 de octubre, STS 395/2015, de 15 de julio, y STS 749/2002, de 16 de julio, que exigen el necesario juicio de proporcionalidad del art. 146 CC en la determinación del importe de la pensión alimenticia a favor de hijos menores de edad en virtud del cual la pensión de alimentos deberá ser proporcional a la capacidad económica del alimentante y a las necesidades del alimentista y que cuando dicha obligación recaiga en dos o más personas se repartirá entre ellas el pago en cantidad proporcional a su caudal respectivo. En dicha ausencia reside el interés casacional del presente motivo por cuanto la revocación de la SAP se ha producido indebidamente y con absoluto desprecio a las prescripciones del art. 146 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo desarrolla y da como resultado un pronunciamiento ilógico.

"Desarrollo del motivo: La sentencia recurrida no ha realizado el necesario juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC y por ello procede mantener el importe de 270,00.-€ mensuales fijados en la sentencia del JVSM en función de las circunstancias económicas de ambos progenitores y de las necesidades de los menores y en sintonía con el acuerdo previo alcanzado por las partes (de 275,00.-€ mensuales) en sede de medidas provisionales. Esta parte se aquietó al pronunciamiento de primera instancia y no lo recurrió en atención a la proximidad de ambas cuantías (la pactada en sede de medidas provisionales y la fijada en primera instancia) en consonancia con el resto de pronunciamientos de contenido económico acordados en la sentencia de divorcio, que valorados en su conjunto considerábamos proporcionados a las necesidades de los hijos y la madre".

**OCTAVO.-** *Decisión de la Sala. Proporcionalidad de los alimentos.*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida, pese a la adopción del sistema de **custodia** compartida, se fija una pensión alimenticia de doscientos euros por cada hijo, dada la disparidad económica de los ingresos de los progenitores y aún cuando fuese algo mayor la fijada en primera instancia, ello no conlleva perjuicio alguno para la recurrente ni para los menores, en cuanto también es menor el número de días que los menores estarán con la madre ( arts. 93 y 146 del C. Civil).

A ello cabe añadir que no consta que la Sra. Julia haya sido despedida de su trabajo.

**NOVENO.-** *Motivos tercero y cuarto.*

1.- Tercer motivo. Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por infracción o vulneración del art. 97 del CC, dado que la sentencia dictada por la Audiencia se opone a la jurisprudencia sentada por las sentencias STS 100/2020, de 12 de febrero, en recurso 1512/2019, STS 104/2014, de 20 de febrero, en recurso 2489/2012; STS 91/2014, de 19 de febrero, en rec. 2458/2012; STS 562/2009, de 17 de julio, rec. 1369/2004, entre otras, que vienen a establecer que la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho a recibir pensión, porque puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro son absolutamente dispares para lo que es preciso ponderar en conjunto la concurrencia de las circunstancias del art. 97 CC. El interés casacional reside en la existencia del desequilibrio económico que da derecho a la esposa a percibir la pensión compensatoria que ha sido indebidamente revocado por la Audiencia porque no se ha hecho la debida ponderación conjunta de las circunstancias concurrentes del art. 91 CC.

"Desarrollo del motivo: La SAP recurrida (en su fundamente jurídico tercero) da por probado la absoluta disparidad de ingresos entre los cónyuges, sin embargo, más adelante, en su fundamento jurídico quinto, con apoyo en la STS de 19 de febrero de 2019, argumenta que, la simple desigualdad económica entre ellos no determina de modo automático un derecho de compensación, sino que es preciso ponderar en conjunto las circunstancias del art. 97 CC, pero con fundamento "únicamente" en que ambos esposos han trabajado durante el matrimonio y pese a reconocer que los ingresos de la esposa son notablemente inferiores a los del esposo, revoca el derecho a percibir pensión (incluso temporalmente) que le fue reconocido a ésta en la primera instancia, porque considera que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de economías".

2.- Cuarto motivo. Al amparo del art. 477.2.3 LEC, por infracción del art. 97 CC, dado que la sentencia dictada por la Audiencia se opone a la jurisprudencia sentada por la STS 153/2018, de 15 de marzo, y cuya doctrina reproduce la más reciente STS 598/2019, de 7 de noviembre, que resume la jurisprudencia de la Sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria y la realización del necesario juicio prospectivo del órgano judicial realizado con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre, sobre la idoneidad o aptitud de la beneficiaria de superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto. La realización por el órgano judicial de ese necesario juicio prospectivo constituye el fundamento casacional del presente motivo



que justifica que se case la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se determine la extensión temporal de la pensión compensatoria durante cinco años.

**DÉCIMO.-** *Decisión de la sala. Pensión compensatoria. Limitación temporal.*

Se estiman los dos motivos que se analizan conjuntamente.

Como señala la STS 236/2018, de 17 de abril, con cita de las SSTS de 22 junio de 2011, y 18 de marzo de 2014, rec. 201/2012:

"El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que "(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge".

En la sentencia 100/2020, de 12 de febrero, se declara:

"Ahora bien, como señala la reciente STS 96/2019, de 14 de febrero, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como "cualquier otra circunstancia relevante", de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC.

"Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico ( SSTS de 19 de enero de 2010, de pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008], 104/2014, de 20 de febrero y 495/2019, de 25 de septiembre, entre otras muchas)".

En base a esta doctrina jurisprudencial dictada en interpretación del art. 97 del C. Civil, hemos de estimar el recurso de casación, dado que aun cuando la pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de patrimonios y admitiendo que ambos cónyuges tienen trabajo, es evidente que el matrimonio y el cuidado de los hijos produjo un notorio desequilibrio en la esposa, al solicitar una reducción de horario para el cuidado de los menores, lo que objetivamente repercutió en sus posibilidades de promoción laboral, y debe tener una respuesta económica en sede de pensión compensatoria que se fija por esta Sala, al igual que por el juzgado en 150 euros mensuales, durante cinco años, computados desde la presente resolución, con igual actualización que la fijada por el juzgado.

No consta que la Sra. Julia mantenga una relación marital con otra persona, habiéndose acreditado únicamente que tiene pareja, pero no que vivan cual si matrimonio fuesen ( art. 101 C. Civil), por lo que no cabe denegar la pensión compensatoria por dicho motivo.

**UNDÉCIMO.-** No procede entrar en el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, al carecer de efecto útil.

**DUODÉCIMO.-** *Costas y depósito.*

Estimado parcialmente el recurso de casación no ha lugar a la imposición de costas ( art. 398.2 LEC)

No procede imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal, dado lo dispuesto por la sala respecto al mismo.

Procede la devolución al recurrente de los depósitos constituidos para el recurso extraordinario por infracción procesal y para el de casación.

## FALLO

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

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Dña. Julia , contra sentencia de fecha 12 de febrero de 2020, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante (apelación 393/2019).

2.º- Se mantiene el régimen de **custodia** compartida y la pensión alimenticia fijada.



**3.º-** Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la Sra. Julia durante dos años a partir de la notificación de la presente sentencia, tras el que deberá abandonarla y se procederá a la venta o liquidación de la sociedad de gananciales.

**4.º-** Se fija una pensión compensatoria, al igual que por el Juzgado, en 150 euros mensuales, durante cinco años, computados desde la presente resolución, con igual actualización que la fijada por el juzgado.

**5.º-** Se mantiene la resolución recurrida en el resto de los extremos.

**6.º-** No ha lugar a imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni del recurso de casación, y devuélvase al recurrente el depósito constituido para cada recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ