



Roj: **SAP M 17235/2023 - ECLI:ES:APM:2023:17235**

Id Cendoj: **28079370222023100698**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **06/11/2023**

Nº de Recurso: **366/2023**

Nº de Resolución: **875/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 91 493 61 31- 61 33

seccion22civil@madrid.org

37007740

N.I.G.: 28.115.00.2-2020/0001010

Recurso de Apelación 366/2023 HR

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 04 de Pozuelo de Alarcón

Autos de Familia. Divorcio contencioso 186/2020

Apelante/Demandada: D^a. Azucena

Procuradora: D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón

Apelante/Demandante: D^o. Victor Manuel

Procuradora: D^a. M^a Luisa García Manzano

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Rosario Hernández Hernández

SENTENCIA N^o 875/2023

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. Rosario Hernández Hernández

Ilmo. Sr. D^o. José María Prieto y Fernández-Layos

Ilma. Sra. D^a. M^a. Josefa Ruiz Marín

_____ /

En Madrid, a 6 de noviembre de 2.023.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre DIVORCIO seguidos bajo el nº 186/2020, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Pozuelo de Alarcón, entre partes:

De una como apelante-demandada, D^a. Azucena , representada por la Procuradora D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón.



De otra como apelante-demandante, D^o. Victor Manuel , representado por la Procuradora D^a. M^a. Luisa García Manzano.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente Ilma. Sra. Rosario Hernández Hernández.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de enero de 2022, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Pozuelo de Alarcón, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por Don Victor Manuel frente a Doña Azucena y en consecuencia debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados cónyuges e establezco las siguientes medidas definitivas:

1) Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, Belarmino , Encarna y Isidora , a la madre, si bien la titularidad y ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2) Se reconoce al padre, como progenitor que no convive habitualmente con los hijos el derecho a comunicar con ellas y tenerlas en su compañía en los términos y formas que establezcan ambos padres procurando el mayor beneficio de las hijas, y en defecto de acuerdo, como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

a) Los fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio, donde serán recogidas por el padre, hasta el lunes, cuando serán recogidos por la madre a la salida del colegio.

b) La semana en que pasen los fines de semana con la madre, un día entre semana con pernocta que, en defecto de acuerdo, será el jueves, desde la salida del colegio, donde serán recogidos por el padre, hasta el viernes, cuando serán recogidos por la madre a la salida del colegio.

c) En cuanto a las vacaciones escolares de verano: el período comprenderá los meses de julio y agosto, concretamente, desde el 1 de julio a las 10:00 horas de la mañana hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas. Un progenitor estará en compañía de los menores las primeras quincenas de julio y agosto, y el otro progenitor las segundas. El primer período comprende del 1 de julio (10 horas) al 15 de julio (20:00 horas) y del 31 de julio (20:00 horas) al 15 de agosto (20:00 horas); el segundo, del 15 de julio (20:00 horas) al 31 de julio (20:00 horas) y del 15 de agosto (20:00 horas) al 31 de agosto (20:00 horas). Corresponderá en los años pares el primer período a la madre y el segundo al padre, siendo a la inversa en los impares.

En los días de vacaciones de junio y septiembre los menores se mantendrán en el régimen de visitas ordinario.

d) El período de vacaciones de Semana Santa comprende desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el primer día lectivo. Éstas se disfrutarán por cada uno de los progenitores íntegramente en años alternos, correspondiendo al padre los pares y a la madre los impares. Los menores serán recogidos a la salida del colegio en ambos casos por el progenitor que corresponda.

e) Las vacaciones de Navidad comprenden desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el primer día lectivo a la salida del colegio. Los menores también serán recogidos a la salida del colegio en ambos casos por el progenitor que corresponda. El primer período comprende desde el último día lectivo hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas; el segundo,

desde el 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta el primer día lectivo. Corresponderá en los años pares el primer período a la madre y el segundo al padre, siendo a la inversa en los años pares.

f) En todo caso, el progenitor con el que se encuentren las hijas permitirá y facilitará la comunicación por escrito, teléfono, correo electrónico o cualquier medio análogo con el otro progenitor, siempre que se produzcan, salvo causa justificada, en horario que no perturbe el descanso o estudios de las menores.

4) La vivienda familiar, sita en la CALLE000 nº NUM000 , Chalet NUM001 , de DIRECCION000 y los objetos de uso ordinario de la misma sitios, quedarán en uso de los hijos menores en compañía de la madre y hasta la emancipación de los mismos.

5) En concepto de levantamiento de las cargas familiares y alimentos para los hijos menores D. Victor Manuel abonará a D^a. Azucena , por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de CUATRO MIL QUINIENTOS EUROS (4500 €) de los ingresos mensuales que perciba por cualquier concepto,



y que deberá ingresar en la cuenta bancaria que doña Azucena designe al efecto. Dicha suma será actualizada anualmente según el I.P.C. que establezca el Instituto Nacional de Estadística, con efectos al uno de enero de cada año (salvo que sea negativo, en cuyo caso se mantendrá la pensión de alimentos que se esté abonando en el periodo inmediatamente anterior a la actualización), siendo aplicable la actualización a partir del mes de febrero de cada año.

6) Los gastos extraordinarios de las hijas, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional, imprevisible, necesario y adecuado a la capacidad económica de ambos progenitores, serán sufragados por ambos en la siguiente proporción: 90 por ciento por D^a. Victor Manuel y 10 por ciento por D^{ña}. Azucena, siempre que medie previa consulta del progenitor custodio al no custodio sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos -de forma expresa y escrita antes de hacerse el desembolso- o en su defecto, autorización judicial, mediante la acción del artículo 156 del Código Civil.

7) D. Victor Manuel abonará a D^a. Azucena, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de SETECIENTOS EUROS (700) y durante cinco años desde la fecha de la presente. Dicha suma será actualizada anualmente según el I.P.C. que establezca el Instituto Nacional de Estadística, con efectos al uno de enero de cada año (salvo que sea negativo, en cuyo caso se mantendrá la pensión de alimentos que se esté abonando en el periodo inmediatamente anterior a la actualización), siendo aplicable la actualización a partir del mes de febrero de cada año.

No se hace expresa condena en costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 5169-0000-33-0186-20 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción nº 04 de Pozuelo de Alarcón, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 5169-0000-33-0186- 20

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo".

Posteriormente se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es como sigue: Se aclara y complementa el fallo de la sentencia de 14 de enero de 2022 que quedará como sigue;

Que estimando parcialmente la demanda presentada por Don Victor Manuel frente a Doña Azucena y en consecuencia debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados cónyuges e establezco las siguientes medidas definitivas:

1) **Se atribuye la guarda y custodia** de los hijos menores del matrimonio, Belarmino, Encarna y Isidora, a la madre, si bien la titularidad y ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2) Se reconoce al padre, como progenitor que no convive habitualmente con los hijos **el derecho a comunicar** con ellos y tenerlos en su compañía en los términos y formas que establezcan ambos padres procurando el mayor beneficio de los hijos, y en defecto de acuerdo, como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

a) Los fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio, donde serán recogidas por el padre, hasta el lunes, cuando serán recogidos por la madre a la salida del colegio.

b) La semana en que pasen los fines de semana con la madre, un día entre semana con pernocta que, en defecto de acuerdo, será el jueves, desde la salida del colegio, donde serán recogidos por el padre, hasta el viernes, cuando serán recogidos por la madre a la salida del colegio.

3) **En cuanto a las vacaciones** escolares de verano: el período comprenderá los meses de julio y agosto, concretamente, desde el 1 de julio a las 10:00 horas de la mañana hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas. Un progenitor estará en compañía de los menores las primeras

quincenas de julio y agosto, y el otro progenitor las segundas. El primer período comprende del 1 de julio (10 horas) al 15 de julio (20:00 horas) y del 31 de julio (20:00 horas) al 15 de agosto (20:00 horas); el segundo, del 15 de julio (20:00 horas) al 31 de julio (20:00 horas) y del 15 de agosto (20:00 horas) al 31 de agosto (20:00 horas). Corresponderá en los años pares el primer período a la madre y el segundo al padre, siendo a la inversa en los impares.

En los días de vacaciones de junio y septiembre los menores se mantendrán en el régimen de visitas ordinario.



a) El período de vacaciones de Semana Santa comprende desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el primer día lectivo. Éstas se disfrutarán por cada uno de los progenitores íntegramente en años alternos, correspondiendo al padre los pares y a la madre los impares. Los menores serán recogidos a la salida del colegio en ambos casos por el progenitor que corresponda.

b) Las vacaciones de Navidad comprenden desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el primer día lectivo a la salida del colegio. Los menores también serán recogidos a la salida del colegio en ambos casos por el progenitor que corresponda. El primer período comprende desde el último día lectivo hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas; el segundo, desde el 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta el primer día lectivo.

Corresponderá en los años pares el primer período a la madre y el segundo al padre, siendo a

la inversa en los años *im* pares. ***Una vez finalizados los periodos vacacionales comenzará a aplicarse de nuevo el régimen de guarda y custodia materna y visitas a favor del padre, correspondiendo el primer fin de semana tras las vacaciones al progenitor con el que los menores no hayan estado el último fin de semana de antes del periodo vacacional.***

c) En todo caso, el progenitor con el que se encuentren los hijos permitirá y facilitará la comunicación por escrito, teléfono, correo electrónico o cualquier medio análogo con el otro progenitor, siempre que se produzcan, salvo causa justificada, en horario que no perturbe el descanso o estudios de los menores.

d) Festividades familiares

- Cumpleaños de ambos progenitores

Los menores disfrutarán de la compañía del progenitor que corresponda el día del cumpleaños de cada uno de ellos. El horario y forma en que se llevará a cabo esta comunicación respetará siempre la jornada escolar de los menores.

En el supuesto de que la fecha de celebración del cumpleaños coincida con un día del fin de semana que corresponde al otro progenitor, los hijos estarán con el progenitor que celebre el cumpleaños desde las 12:00 horas hasta las 20:00 horas de ese día, y regresará a esa hora con el progenitor a quien le corresponda el fin de semana.

Si fuera día lectivo, los menores estarán en compañía del progenitor que cumpla años, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, en que le reintegrará en el domicilio del otro progenitor.

- Cumpleaños de los menores

Si el día del cumpleaños de los menores fuera día lectivo, estarán en compañía del progenitor al que no le corresponda pasar ese día con el menor desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas.

En el supuesto de que el cumpleaños coincida con día no lectivo, el progenitor a quien no le corresponda ese día, podrá estar en compañía de su hijo desde las 17.00 horas hasta las 20.00 horas, reintegrando al menor en el domicilio del otro progenitor.

4) **La vivienda familiar**, sita en la CALLE000 nº NUM002, Chalet NUM001, de DIRECCION000 y los objetos de uso ordinario de la misma sitios, quedarán en uso de los hijos menores en compañía de la madre y hasta la **mayoría de edad** de los mismos.

5) En concepto de **levantamiento de las cargas familiares y alimentos** para los hijos menores D. Victor Manuel abonará a D^a. Azucena,

por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de CUATRO MIL QUINIENTOS EUROS (4500 €) de los ingresos mensuales que perciba por cualquier concepto, y que deberá ingresar en la cuenta bancaria que doña Azucena designe al efecto. Dicha suma será actualizada anualmente según el I.P.C. que establezca el Instituto Nacional de Estadística, con efectos al uno de enero de cada año (salvo que sea negativo, en cuyo caso se mantendrá la pensión de alimentos que se esté abonando en el periodo inmediatamente anterior a la actualización), siendo aplicable la actualización a partir del mes de febrero de cada año.

6) Los gastos extraordinarios de los hijos, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional, imprevisible, necesario y adecuado a la capacidad económica de ambos progenitores, serán sufragados por ambos en la siguiente proporción: 90 por ciento por D^a. Victor Manuel y 10 por ciento por D^{ña}. Azucena, siempre que medie previa consulta del progenitor custodio al no custodio sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos -de forma expresa y escrita antes de hacerse el desembolso- o en su defecto, autorización judicial, mediante la acción del artículo 156 del Código Civil.



7) D. Victor Manuel abonará a D^a. Azucena , por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de SETECIENTOS EUROS (700) y durante cinco años desde la fecha de la presente. Dicha suma será actualizada anualmente según el I.P.C. que establezca el Instituto Nacional de Estadística, con efectos al uno de enero de cada año (salvo que sea negativo, en cuyo caso se mantendrá la pensión de alimentos que se esté abonando en el periodo inmediatamente anterior a la actualización), siendo aplicable la actualización a partir del mes de febrero de cada año.

Se desestima la pretensión indemnizatoria formulada por la demandada reconviniente.

No se hace expresa condena en costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que se da contra la resolución que se aclara.

Lo acuerda y firma S.S^a. Doy fe".

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de ambas partes, exponiéndose en los escritos presentados las alegaciones en las que basaban su impugnación.

De dichos escritos se dio traslado a las contrapartes personadas, presentándose por la representación legal de ambas partes, sendos escritos de oposición.

El Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso de don Victor Manuel y se opone al presentado por doña Azucena .

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 26 octubre de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^o. Victor Manuel , actor en proceso de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 14 de enero de 2.022, insistiendo en su pretensión desestimada de que se establezca compartida la custodia de los menores de edad Belarmino , Encarna y Isidora , hijos comunes de los litigantes, en los términos y con las consecuencias que especifica en el suplico de su escrito generador del proceso, al que nos remitimos y damos por reproducido en lo sustancial en aras a la brevedad; subsidiariamente, para el supuesto de desestimación, postula se cifren las pensiones de alimentos a su cargo en 800 € mensuales por hijo, sufragándose por mitad los gastos extraordinarios, y limitando el uso del domicilio familiar al momento en que por la menor de los descendientes se alcance la mayoría de edad.

La de la demandada D^a. Azucena , por igual vía, solicita se vincule al progenitor al pago de los gastos educativos de los menores, escolaridad, material, uniformes y actividades que realicen en cada curso, abonando además 1.200 € al mes por hijo, se eleve la cuantía de la pensión compensatoria reconocida a su favor desde 700 € mensuales a percibir en periodo de 5 años, a 1.500 € al mes con carácter vitalicio, y, finalmente, se le conceda indemnización prevista en el artículo 1.438 del Código Civil en cuantía de 172.700 €.

El Ministerio Fiscal se adhiere al motivo principal de recurso de D^o. Victor Manuel , instauración de custodia compartida con cuanto haya lugar en derecho, oponiéndose en lo restante, así como al recurso de la demandada, y cada parte se opone al recurso de adverso, instando su desestimación.

SEGUNDO.- Como quiera que es objeto de recurso la guarda y custodia de tres menores de edad, se hace conveniente precisar que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste para los padres en "tener a los hijos en su compañía" (art. 154 CC), se desdobra en la generalidad de los supuestos en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro. Por tanto, los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según la jurisprudencia, que:

- a) La convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%,
- b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos,



procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos,

c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no pueden determinar el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial.

Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92, 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura del matrimonio o de la pareja.

En ningún caso el derecho de visitas puede constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos. En este sentido, nuestra sentencia de 6 de febrero de 2.002, parte del indiscutible hecho de que los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores. Así el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia.

La problemática relativa a la custodia debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil, y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, reformada por L.O. 8/2.015, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Conforme a lo anterior, no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

TERCERO.- En esta materia de custodia, en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 2.013, se razona:

"La *sentencia de 29 de abril de 2013* declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los *artículos 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, 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 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".

Es decir - STS 19 de julio 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, definen ni determinan, 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."

En sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2.016, recaída en el recurso de casación número 3.200/2.015, se reseña expresamente que la similitud del reparto del tiempo de convivencia entre los progenitores no puede identificarse sin más a una custodia compartida con reparto igualitario del tiempo de permanencia de menor con uno o con otro progenitor; ha de demandar la solución el interés del menor que es prioritario y es el que se ha de atender, en función de la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; sus aptitudes personales; deseos manifestados por los descendientes; al número de hijos y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los comunes.

Por ello entiende que la custodia monoparental, aun siendo idóneos ambos progenitores, no vulnera en todo caso la doctrina de la Sala relativa a la guarda y custodia compartida, aún sin cuestionar que en efecto el sistema fomenta la integración de los menores con ambos padres y evita desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida.

La sentencia del Alto Tribunal de 25 de abril de 2.014 menciona como criterios jurisprudenciales para la adopción de la medida de custodia compartida el interés del menor, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los 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. No es una medida excepcional y el dato de la excepcionalidad viene referido a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla y no descalifica esta forma de custodia el hecho de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor.

Se expresa que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil 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 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 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". 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, definen ni determinan, 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".

En STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión "excepcional", contenida en el art. 92.8 CC en el sentido que "La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".



Indica que los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen. Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se puede y se debe extraer de esta conclusión, que la sentencia recoge como hecho probado, es que ningún perjuicio van a experimentar los hijos manteniéndose bajo la custodia de su madre, sin valorar el beneficio que para ellos, próximos a la mayoría de edad, va a representar la medida. No existe ningún dato que permita mantener la afirmación de la sentencia relativa a que "otorgar una custodia compartida por ambos progenitores podría introducir un peligroso elemento de confusión en los menores, en el delicado periodo de la adolescencia en que se encuentran, que pueden no saber a qué atenerse en situaciones puntuales... potenciándose aún más el peligro de confusión por parte de estos por el hecho de que ambos progenitores cuentan con respectivas nuevas parejas, que sin duda intervendrán en los periodos en que a los menores les corresponda estar bajo la custodia de su actual cónyuge ". Posiblemente será más más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, como ha dicho esta Sala (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010; 7 de julio de 2011, entre otras), pero lo que en ningún caso descalifica esta forma de custodia es el hecho, normal en estos casos, de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2.019, recaída en el recurso número 2.483/2.018, con referencia a las alegaciones sobre incorrecta interpretación del artículo 92.5.6.7 y 8 del Código Civil , e infracción de los artículos 3.1. 9.1 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, y 2 y 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ; así como del principio del interés superior del menor y doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 182/ 2018, de 4 de abril ; 11/2018, de 11 de enero ; 579/2017, de 25 de octubre ; 194/2016 de 29 de marzo ; 585/2015, de 21 de octubre ; 96/ 2015, de 16 de febrero ; 257/ 2013, de 29 de abril ; 757/2013, de 29 de noviembre y 762/2012, de 17 de diciembre ; expresa:

Son muy numerosas las sentencias que esta sala ha dictado para resolver sobre el establecimiento o no de un sistema de custodia compartida de los hijos menores de edad, siempre atendiendo al interés prioritario del menor; pero lógicamente cada una de ellas se refiere a la situación familiar concreta que se da en cada supuesto. De ahí que para justificar la existencia de interés casacional -imprescindible en estos casos para que el recurso pueda prosperar- no basta con alegar la parte que, según entiende por su especial valoración de las circunstancias del caso, no se ha respetado adecuadamente el interés del menor, sino que es necesario que ponga de manifiesto que el tribunal a quo se ha apartado de alguno de los parámetros establecidos por la jurisprudencia con carácter general para decidir sobre la cuestión.

Las especialidades del derecho de familia han llevado a la fijación de una doctrina jurisprudencial consolidada que excluye que el recurso de casación pueda convertirse en una tercera instancia así la sentencia de esta sala de 29 de marzo de 2016 (rec. 1.159/2.015) dice:

"[...]Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio , 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio , 578/2011, de 21 julio , 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste" (STS 27 de abril 2.012 , citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

En igual sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2.018, 26 febrero y 20 de marzo de 2.019.

CUARTO.- Sentado cuanto antecede, a la vista de las actuaciones, examinadas detenidamente, atendiendo al resultado de la prueba practicada, valorada en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, es factible anticipar la procedencia de la sustancial estimación del motivo principal de recurso de Dº. Victor Manuel , con lógica revocación de la sentencia apelada, para establecer, como se verificara en la parte dispositiva de la presente resolución, compartida por semanas entre ambos progenitores, de lunes a lunes, la custodia de Belarmino , Encarna y Isidora , comenzando por la madre que la viene ostentando, correspondiendo, en coyuntura de desacuerdo, por mitad, las estancias vacacionales escolares de verano, sin facultad de elegir, como viene establecido, al ser medida litigiosa, manteniendo las de Semana Santa y Navidad en los términos en que estas se concretaron a la sazón, sin que proceda prolongación del periodo semanal de custodia por el hecho de que los días lunes fueren festivos o seguidos de puentes, en dicho caso, el progenitor con el que no se encuentren los menores, interesado en la efectividad de la alternancia, salvo acuerdo en sentido contrario, les recogerá en el domicilio del adulto con el que se encuentren en ese momento, lo que igualmente regirá para las recogidas en la segunda mitad de las vacaciones de verano; sin que procedan mayores puntualizaciones.



Se ha emitido en el supuesto de autos a 25 de junio de 2.021 dictamen pericial psicosocial por las profesionales Psicóloga y Trabajadora Social que integran el Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, el que obra a los folios 381 a 393 de autos, al que nos remitimos y damos por reproducido en aras a la brevedad.

En dicho informe se hace alusión a la implicación de cada progenitor en el cuidado y atención de los hijos, gran conocimiento por ambos de las necesidades, expectativas e intereses de los descendientes, así como a la estrecha vinculación de estos con uno y otro, la capacidad de adaptación de los menores a estancias parejas con los dos, reseñando en consideraciones y conclusiones que tanto D^o. Víctor Manuel como D^a. Azucena muestran actitud positiva hacia la crianza y educación de los hijos, quienes sin inconveniente se adaptarían a estancias en tiempos similares, por todo lo cual proponen una custodia compartida con alternancia semanal de lunes a lunes, como evidencia la experiencia y práctica de este modelo de familia, cuando, como acontece en autos, padre y madre son figuras de referencia, de manera que se favorece el desarrollo de los niños, que, por cierto, viven los entornos de cada progenitor como propios.

En D^o. Víctor Manuel no se detecta patología, desajuste ni indicador negativo, quedando fuera de toda duda su perfil de personalidad, presentando igual capacidad para el ejercicio responsable de la coparentalidad que la madre, habilidades adecuadas, y, como se ha dicho y reitera, conocimiento de las necesidades de los menores, implicación en la vida de estos, así como disposición de infraestructura y medios, en ausencia de distancias domiciliarias.

Es beneficiosa la alternancia semanal y la división vacacional que acordamos, sin otras previsiones como visitas en días señalados, u otros, puesto que en el marco judicial se diseña el reparto de tiempo disponible por los niños desde lo general, esto es, de lo que se considera beneficioso a la mayoría de las familias, siempre desde lo mínimo, es decir, regulando lo indispensable para que se disponga de la adecuada e igualitaria referencia de ambos progenitores; además dando siempre prevalencia al superior interés de los niños y por supuesto, para la coyuntura de desacuerdo, invitando a los progenitores, como adultos que son, y en situación de absoluta normalidad tanto en ellos como en menores, puesto que en ninguno se evidencia desajuste, indicador negativo o psicopatología, en todo cuanto exceda de la sentencia, al diálogo y consenso, en beneficio de Belarmino, Encarna y Isidora, cuyos prioritarios intereses son los que aquí hemos de hacer prevalecer, siendo que para ellos es lo más adecuado garantizar un contacto frecuente y fluido con ambos padres en periodos de tiempo equitativos con cada uno de ellos, de manera que perciban que los dos son corresponsables para con los mismos, permitiéndoles mantener esa vivencia del entorno de uno y otro como propio de igual modo, salvaguardando la equidistancia del vínculo con cada uno de ellos, y preservando la relación paternofamiliar.

Por lo demás, manteniendo los litigantes adecuada relación, las razones por las que se opone D^a. Azucena a este modelo de guarda, perfectamente viable en las condiciones de la familia que nos ocupa, resultan inconsistentes; si la madre fue en un pasado **cuidadora** principal de los hijos, ello no puede constituir una excusa para petrificar la relación paterna; no empece tampoco esta alternativa la alegada supuesta hostilidad del menor Belarmino, cuando el progenitor dispone de suficientes habilidades para, si se produjera, salvarla, ni a nada determina que el padre disponga de **cuidadora**, cuando, además de tratarse de la misma persona que atiende a la abuela paterna de los menores, en el peor de los casos no se hace otra cosa que activar los mecanismos de sustitución a su alcance, como se hace por la generalidad de los trabajadores con hijos, no solo no custodios, sino también guardadores e incluso por aquellos que no inmersos en situación de patología de la familia, conviven pacíficamente, sin ir más lejos en el seno de esta misma, en tiempos de bonanza matrimonial, se recurría a los servicios de empleada de hogar interna y de profesores particulares para ayudar a los hijos a la realización de las tareas y deberes escolares, de modo que no vemos ahora razón para obligar al padre a que prescindiera de este mismo tipo de ayudas, que no delegación de las funciones de guarda, máxime dándose la circunstancia de que la propia progenitora incluyó entre los gastos de los hijos al contestar la demanda, el de empleada interna con un coste de 950 € mensuales, reseñando: (ella va y viene con los niños), folio 57 de autos, último del apartado A).

QUINTO.- Con lógica desestimación del motivo de recurso de la progenitora en orden a alimentos, es lo que en este punto procede que cada parte asuma los gastos propios de los hijos cuando los tenga en su compañía, nutricionales, los de vestido, higiene, calzado, ocio, médico farmacéuticos ordinarios y corrientes, sin ánimo de ser exhaustivos, abonándose los extraordinarios al 50 %; y siendo de cargo del padre todos los educativos que gire el colegio, incluidas las actividades extraescolares o deportivas que realicen en el mismo, abonando a la progenitora dentro de los 5 primeros días de cada mes, la cantidad de 300 € para cada hijo.

Tenemos en consideración -compartiendo lo razonado por el Juez de origen en orden a la opacidad de ambos litigantes-, la capacidad de generar ingresos por uno y otro, y el respectivo caudal y medios.



Al menos en D^a. Azucena habrá de ser similar en perspectivas de futuro al existente en el año 2.007, habida cuenta dispone de titulación, cualificación y experiencia, encontrándose en plenitud, tanto por edad como por estado de salud, otra cosa desde luego no aflora al proceso, puesto que no le viene reconocida minusvalía, ni discapacidad ni padece enfermedad invalidante.

No obstante, dicha capacidad es superior a todas luces en el padre, razón por la que, aun a pesar de que el reparto del tiempo disponible de los hijos entre ambos es por igual, fijamos a cargo de este la pensión dicha, a fin de que en el entorno materno no detecten los alimentistas descenso en su nivel de vida.

Los desembolsos extraordinarios que se generen en la vida de los hijos se habrán de atender al 50 % teniendo en cuenta la repetida capacidad de pago en los dos progenitores, la igualitaria distribución del tiempo, la naturaleza de estos gastos y la excepcionalidad con la que se producen.

Dicha cantidad habrá de abonarse en los términos en que se determinó en la instancia la pensión de alimentos, si bien con efectos desde esta fecha, igual que los extraordinarios, observando la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 2014, tal y como hemos señalado en esta Sala a partir de sentencia de 13 de mayo de 2.014.

Para concluir con este punto, adviértase que los desembolsos más elevados en que se suele incurrir para los hijos son los educativos, y estos van a ser asumidos en exclusiva por el padre.

SEXTO.- Al instaurarse una custodia compartida en igualitario reparto de tiempo disponible por los hijos, el uso del domicilio familiar ha de atribuirse alternativamente a uno y otro litigante por periodos anuales, computados desde la fecha de la presente resolución, comenzando por la ex esposa que lo viene utilizando.

Solución esta intermedia, que concilia todos los intereses en juego, y común en el foro en evitación de comportamientos obstruccionistas a la división, o a la venta, que pudiera desplegar el beneficiado en exclusiva por la atribución del uso.

SEPTIMO.- Si bien lo aquí acordado no coincide literalmente con lo suplicado por las partes, no incurrimos en la presente en incongruencia ni ultra ni extrapetita, toda vez que al venir afectados los intereses de menores de edad, nos encontramos en presencia de materia de orden público, ius cogens o derecho necesario, por lo que no vienen el Juez ni el Tribunal vinculados por el rigor propio de los principios dispositivo y de rogación o de justicia rogada (artículo 216 de la L.E.Civil), de congruencia (artículo 218 de la misma), de contradicción e igualdad de armas en el proceso que inspiran nuestro ordenamiento formal, por lo que es factible superar tales estrechos cauces procesales a diferencia de lo que acontece cuando de las restantes de estricto derecho privado se trata, quedando facultados a adoptar las medidas más adecuadas a la niña, aun de no haberse solicitado, reduciendo al tiempo la litigiosidad y el conflicto.

OCTAVO.- Entrando en el examen del segundo motivo de recurso de D^a. Azucena , referido a la pensión compensatoria, cuantía y temporalidad, a la vista de las actuaciones, examinadas detenidamente, es factible anticipar la procedencia de su desestimación, con lógica confirmación de la sentencia apelada en este aspecto, toda vez que no acredita con la seriedad y rigor exigible, cuando tan solo a ella incumbe el onus probandi o carga de la prueba (artículo 217 de la L.E.Civil), mayor desequilibrio derivado de su divorcio del que viene reconocido por el Juez "a quo".

En efecto, por más que haya sido prolongada la duración del matrimonio y de que del mismo hubiera 3 hijos, concurren otros factores que contribuyen a modular el desequilibrio.

D^a. Azucena dispone, como antes se dijo, de titulación, cualificación, conocimientos y experiencia para volver a desempeñar puesto de trabajo como el que ocupaba en el año 2.007 en que pidió la excedencia, el cual le reportara ingresos equivalentes con los que atender con dignidad y suficiencia el propio sustento y el de sus hijos cuanto les corresponda con ella la permanencia.

Desde luego, ni la edad ni su estado de salud constituyen impedimento, y ahora, en modelo de custodia compartida, dispone de tiempo suficiente como para dedicarlo a la búsqueda activa de empleo, lo que conseguirá si muestra la debida actitud y no desprecia oportunidades.

Por más que la dedicación pasada a los hijos fuera superior a la del entonces marido, es lo cierto que dispuso de empleadas internas, de profesores particulares para los hijos, de jardinero, todo lo cual modera la intensidad de las dichas atenciones, ello sin descartar que en efecto realizara algún tipo de actividad retribuida, lo que reconoció a las peritos que elaboraron el dictamen pericial psicosocial, aunque ya lo matizara en el acto de la vista celebrada en las actuaciones a 20 de diciembre de 2.021, como es de comprobar mediante la activación del soporte audiovisual en que se documenta el acto.



En otro orden de consideraciones, del contraste de las hojas de vida laboral obrantes en autos de uno y otro ex consorte, resultan a D^o. Víctor Manuel tan solo 722 días más de cotizaciones que a D^a. Azucena al sistema público de la Seguridad Social (documentos obrantes a los folios 247 vuelto y 293 de lo actuado, a los que nos remitimos y damos por reproducidos en aras a la brevedad).

Así las cosas, dispone la ex esposa de tiempo suficiente como para completar cotizaciones y acceder en su día, en semejanza de condiciones que el ex marido, a pensión de jubilación una vez rebase la edad laboral.

En definitiva, reiteramos, no se detecta mayor desequilibrio del que se reconoce en la instancia, por lo que queda por completo restaurado o enjugado el efectivo desequilibrio que le genera la ruptura de su matrimonio, por divorcio, con la percepción de 700 € al mes en el periodo de 5 años, sin nada más precisar de una persona a la que no une ya vínculo alguno.

Adviértase que D^a. Azucena ubica la separación de hecho en diciembre de 2.018, y no es sino en octubre de 2.020 cuando insta pensión a cargo del ex marido, y, por cierto, por vía de reconversión, aprovechando la demanda interpuesta de adverso.

Por lo demás, en coyuntura de desacuerdo, como es el caso, no cabe instaurar pensión vitalicia, en términos del artículo 97 del Código Civil, otra cosa será que pueda fijarse con carácter indefinido, esto es, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91, 100 y 101 del Código Civil, carácter indefinido que aquí no procede por las razones que acabamos de exponer, dado que en el periodo de 5 años impuesto al percibo quedara enjugado el desequilibrio, o, de no haberse subsumido, será ya debido ello a causas ajenas a la familia, al marido o a la pasada atención a los hijos, sino a factores ajenos por completo, como la propia actitud frente al empleo, características actuales del mercado laboral, situación de crisis y recesión que le caracteriza...etc.

Procede por todas las razones expuestas la anunciada desestimación del motivo de recurso, dado que mayor cuantía e indefinición temporal de la pensión que nos ocupa, no obedece a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto el destino o finalidad de este beneficio, no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o medios de obtención de recursos, en que se encontraba antes de contraerlo, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a la separación o al divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, siendo su finalidad evitar, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto; condicionantes o presupuestos que no pueden presumirse, por cuanto los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general del onus probandi, sin alteración ni privilegio alguno (art. 217 de la L.E. Civil, anterior 1214 del C.C.).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de uno y otro con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina al hilo de lo que antecede, afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.

Para concluir, permítasenos la cita del auto del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2.022, así como de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 2 de octubre de 2.020, en la que se menciona la del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2.013, en la que se señala que la pensión compensatoria es una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio.

No se trata de un derecho de alimentos o de un auxilio para atender necesidades indispensables, sino de paliar o compensar en lo posible el descenso del nivel de vida causado por la ruptura de la convivencia matrimonial, cuando uno de los cónyuges quede, comparativamente, en una posición sensiblemente desfavorable. El precepto indicado destaca el presupuesto de este derecho: el "desequilibrio económico" y el "empeoramiento" de la situación, lo que obliga a una valoración de las circunstancias del caso comparativa entre el antes y



el después de la ruptura, y es predicable incluso cuando ambos trabajan, presupuesto lo antes dicho, dada la finalidad o función reequilibradora destacada por la doctrina y el Tribunal Supremo (STS de 10/2/2005). En efecto, el artículo 97 no da fórmulas o soluciones matemáticas en orden a su fijación sino solo criterios o conceptos jurídicos indeterminados necesitados de concreción según las circunstancias de cada caso, por lo que las facultades del tribunal son bastante amplias y la valoración debe ser conjunta o global, como lo demuestra el dato de que la enumeración legal no es cerrada ("numerus clausus") sino abierta, cual resulta de la lectura del artículo citado (el Juez "determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:" ..., así como "cualquier otra circunstancia relevante", dice la actual redacción dada por la ley de reforma 15/2005 de 8 de julio), y, además de mencionar la cuantía de los recursos económicos entre una y otro, también incluye la edad y salud, la preparación y oportunidades de cara al mercado laboral o mundo profesional, la dedicación a la familia pasada y futura, la duración del matrimonio y convivencia, etc.. Y tampoco constituye un instrumento equilibrador del patrimonio de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005, 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009), buscando la absoluta igualdad entre los mismos.

En STS 236/2018, de 17 de abril, se razona: "La Sentencia de 22 junio de 2011, que cita la de 19 de octubre del mismo año, y la de 18 de marzo de 2014, rec. 201/2012, resumen la doctrina de esta sala relativa a la naturaleza de la pensión compensatoria. 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".

Ahora bien, la más reciente STS 96/2019, de 14 de febrero, expresa que 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 artículo 97 del CC.

NOVENO.- Previamente al examen de la problemática planteada en orden a compensación indemnizatoria del artículo 1.438 del Código Civil, conviene hacer referencia a la doctrina jurisprudencial en la materia.

El Tribunal Supremo en auto de 9 de febrero de 2.022, razona, con referencia a la sentencia número 658/2.019 de 11 de diciembre de 2.019, en relación al régimen económico matrimonial de separación de bienes, la compensación por trabajo doméstico y las condicionantes legales:

"En el régimen de separación de bienes los cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de la manera que hubieran pactado, y, en defecto de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, como resulta del artículo 1.438 del Código Civil.

El trabajo para la casa, sigue normando dicho precepto, será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación, que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación de bienes. Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precitadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes.

Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma.

Este artículo 1.438 del Código Civil tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, nº 8 i) establece que:

"Las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares".

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (SSTS 534/2011, de 14 de julio; 16/2014, de 31 de enero; 135/2015, de 26 de marzo; 136/2015, de 14 de abril entre otras).



Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, introdujo en el artículo 68 CC, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que, si son satisfechas exclusivamente por uno de ellos, no sorprende se establezca el derecho a la compensación.

Esta dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del art. 1438 CC. Se ha empleado de forma gráfica, para conceptualizar tal derecho, la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital, y, por lo tanto, el trabajo para el hogar se configura como una forma de contribución a las cargas del matrimonio, así como un título para obtener en su caso una compensación pecuniaria por normativa aplicación del mentado artículo 1.438 CC, al liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

En interpretación del art. 1.438 CC esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio, fijó la siguiente doctrina, ratificada en otras ulteriores como, por ejemplo, en la STS 185/2017, de 14 de marzo, según la cual:

"El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge".

En el presente caso, y conforme al criterio de la sentencia apelada, la audiencia, estima que no procede el reconocimiento de compensación económica del artículo 1.438 CC - conforme a las circunstancias acreditadas, expuestas ut supra-. Elude o soslaya, de esta forma, la parte recurrente que la sentencia de la sala de apelación, tras examinar la prueba practicada, concluye que procede no reconocer compensación por dedicación a la familia."

En este mismo sentido se viene reiteradamente pronunciando esta Audiencia Provincial desde al menos el año 1.998, así, por su interés, vamos a continuación a transcribir parcialmente la sentencia de fecha 12 de enero de 2001, en la que se señala:

"(...) resta ya analizar la solicitud formulada por la actora en esta alzada, habiéndose también interesado en la instancia, en relación al pago de la cuantía que se indica en la demanda, en concepto de compensación, por el trabajo dedicado a la casa, petición que se hace al amparo del artículo 1.438 del Código Civil, y por cuanto que ha regido en el matrimonio el régimen de separación de bienes, y dispone dicho precepto: "los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación"; y todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 95 del Código Civil.

Atendiendo a los criterios jurisprudenciales, emanados, entre otros, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, de fecha 9 de noviembre de 1999, y a la doctrina sobre tal institución, puede apuntarse que, como su propia redacción expresa dicho precepto, nos situamos ante una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especies al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destina a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico, especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pensada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable el tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.

Esta especial naturaleza dota a dicha previsión legislativa de autoría propia respecto de la denominada "pensión compensatoria", que contempla el artículo 97 del Código Civil. Así, pese a que ambos preceptos (artículos 97 y 1438) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión "dedicación a la familia" es equivalente en términos esenciales a la de "trabajo para el hogar") el fundamento de una y otra es distinto en esencia.

La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada, sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la



situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro en el matrimonio, y que está en conexión con el deber de socorro y asistencia mutua.

En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges, sino exclusivamente en función objetiva de la dilación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación, hasta la extinción del mismo; la conclusión es que es perfectamente compatible el derecho a pensión compensatoria con la indemnización que señala el artículo 1.438, ambos del Código Civil.

De otro lado, y abundando en el concepto jurídico que se analiza, cabe afirmar que la compensación se traduce en una cantidad alzada, depende de que exista la desigualdad peyorativa tantas veces referida, pues se exige el desempeño de trabajos domésticos, vigente el régimen de separación; es de carácter asistencial y está condicionada a las posibilidades económicas del deudor, partiendo de la premisa de declarar la procedencia de la compensación.

Por otra parte, no es posible su equiparación con el derecho que reconoce el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1999, de 15 de julio, dicha normativa reconoce el derecho al cónyuge, que sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, siendo así que ello ha generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de los esposos, que implique un enriquecimiento injusto, siendo evidente que tal presupuesto material, en relación a la desigualdad patrimonial producida, nos e contiene en el artículo 1.438 del Código Civil."

Dicho lo anterior, y descendiendo ya de modo concreto al supuesto específico de autos, hemos de señalar, analizando la prueba que se ha practicado, que del mismo modo que el reconocimiento de la pensión compensatoria exige la demostración del desequilibrio económico, tal exigencia permanece vigente cuando se solicita del derecho a la compensación, en los términos cuantitativos que se indican, siendo de reiterar el razonamiento legal antes expuesto, en una correcta aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En ningún caso, consta acreditado que la esposa se haya encargado de un modo directo, único y exclusivo, de la atención de la totalidad de cuanto han precisado los hijos, ni de las tareas del hogar y trabajos domésticos habituales.

Como antes se indicó, en esta familia se ha dispuesto de empleadas de hogar internas, de profesores para los hijos, de jardinero, y se especifica incluso en el escrito de contestación a la demanda que la interna va y viene con los niños, ello además de la implicación que ha tenido el padre en la vida de Belarmino, Encarna y Isidora, por más que la progenitora les destinara más tiempo, en función de la propia disponibilidad horaria, cuando el propio progenitor también se ha encontrado en situación de desempleo, con reparto lógico de tareas y colaboración y ayuda por parte de este.

En definitiva, no se justifica la pertinencia del derecho señalado en el artículo 1.438 del Código Civil, otra conclusión no cabe deducir de la formalización del régimen de separación de bienes, todo lo cual determina la improcedencia de la compensación que nos ocupa.

Debe tenerse presente que el artículo 1.438 que ahora se analiza fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, y por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código Civil, en cierto modo aplicables, por cuanto que los deberes de ayuda mutua se traducen en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos, sin que haya probado la esposa la exclusividad en el cumplimiento de todos ellos; de tal modo que, a falta de acto concreto o convenio entre los cónyuges, a propósito del cumplimiento de tal deber jurídico, según se infiere de las capitulaciones matrimoniales, y como quiera que no se ha probado la existencia de acuerdo expreso sobre el modo de hacer frente a esas cargas, ha de entenderse, a falta de prueba en contrario, que el esposo ha contribuido a las mismas de igual manera que la demandante, y por cuanto que la comunidad de vida que entraña el matrimonio tiene lugar en régimen de igualdad jurídica entre los cónyuges, de tal manera que la desigualdad natural o material, según la posición de uno y otro en el ámbito matrimonial y en el círculo de las tareas y los trabajos en el hogar, en la esfera personal, familiar y laboral, mientras estuvo vigente el régimen de separación, y a fin de obtener el crédito o indemnización que establece el artículo 1438, exige una cumplida demostración, so pena, de conculcar el espíritu de dicho precepto, generando un enriquecimiento injusto.

A mayor abundamiento, cabría añadir, para concluir, que, en principio, el artículo 1.438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada, que sin duda tuvo



en cuenta el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, en relación al principio de igualdad entre los españoles, y si bien es cierto que tal precepto puede tener acomodo en legislaciones en las que todavía un cónyuge prevalece sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico".

Procede en definitiva igualmente la desestimación del tercero de los motivos de recurso de D^a. Azucena, con confirmación de la sentencia apelada también en lo que concierne a la indemnización postulada, que ninguna crítica merece desde la perspectiva de la alzada, en que se carece de razones serias, de peso y fundadas para sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juez de primer grado por el subjetivo e interesado de la apelante.

DECIMO.- Al haberse interpuesto recurso por ambos litigantes, pese a la desestimación del de D^a. Azucena, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, en atención a las circunstancias concurrentes antes expuestas, jurisprudencia recaída en la materia y posibilidad abierta a ello, aun ambigua, en los artículos 398 y 394 de la L.E.Civil.

DECIMOPRIMERO.- La estimación en lo sustancial del recurso de D^o. Victor Manuel determina la devolución del depósito por el constituido, y la desestimación del de D^a. Azucena da lugar a la pérdida del que por ella se consignó para la alzada, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que, ESTIMANDO en lo sustancial el recurso de apelación interpuesto por D^o. Victor Manuel y DESESTIMANDO el deducido por D^a. Azucena, ambos frente a la sentencia de fecha 14 de enero de 2.022, recaída en autos de divorcio seguidos bajo el número 186/2.020, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Pozuelo, Madrid, debemos REVOCAR y REVOCAMOS en parte meritada resolución, ACORDANDO:

1^o.- Desde fecha de la presente sentencia, la custodia de los menores de edad Belarmino, Encarna y Isidora se ostentará por ambos progenitores por periodos semanales alternos, de lunes a lunes, verificándose en el centro escolar las entregas y recogidas, comenzando por la progenitora.

2^o.- En coyuntura de desacuerdo, las estancias vacacionales escolares de verano serán por mitad, sin facultad de elegir, manteniendo las de Semana Santa y Navidad en los términos en que estas se concretaron a la sazón, sin que proceda prolongación del periodo semanal de custodia por el hecho de que los días lunes fueren festivos o seguidos de puentes, en dicho caso, el progenitor con el que no se encuentren los menores, interesado en la efectividad de la alternancia, salvo acuerdo en contrario, les recogerá en el domicilio del adulto con el que se encuentren en ese momento, lo que igualmente regirá para las recogidas en la segunda mitad de las vacaciones de verano.

3^o.- Con efectos desde esta fecha, cada progenitor asumirá los gastos propios de los hijos cuando los tenga en su compañía, nutricionales, vestido, higiene, calzado, ocio, médico farmacéuticos ordinarios y corrientes, sin ánimo de ser exhaustivos, abonándose los extraordinarios al 50 %; y siendo de cargo del padre todos los educativos que gire el colegio, incluidas las actividades extraescolares o deportivas que realicen en el mismo, abonando a la progenitora dentro de los 5 primeros días de cada mes, la cantidad de 300 € para cada hijo en las mismas condiciones que se fijó en la instancia la pensión alimenticia.

4^o.- Se atribuye el uso del domicilio familiar alternativamente a uno y otro litigante por periodos anuales, computados desde la fecha de la presente resolución, comenzando por la ex esposa.

Se confirma en lo restante la sentencia de instancia, todo ello sin expreso pronunciamiento de condena al pago de las costas de la alzada.

Hágase devolución del depósito constituido por D^o. Victor Manuel, y dese legal destino al consignado por D^a. Azucena.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0366-23, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.



Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ