



Roj: **STS 3627/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3627**

Id Cendoj: **28079110012021100660**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2021**

Nº de Recurso: **6538/2019**

Nº de Resolución: **656/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 656/2021**

Fecha de sentencia: 04/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6538/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2021

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6538/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 656/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 4 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2019, dictada en recurso de apelación 164/2019, de la Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio de divorcio 1347/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de



DIRECCION000 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Roque , representado en las instancias por la procuradora Dña. Eva María Tello Calvo, bajo la dirección letrada de D. José Gabriel Ortolá Dinnbier, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Emma , representada por la procuradora Dña. Nerea Hernández Barón, bajo la dirección letrada de Dña. Rosa María Soler Cervera y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Roque , representado por la procuradora Dña. Eva María Tello Calvo y dirigido por el letrado D. Isidro Niñerola Giménez, interpuso demanda de divorcio contra Dña. Emma y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se declare el divorcio entre D. Roque y Dña. Emma , acordando como medidas o efectos inherentes a dicho pronunciamiento, las siguientes:

"a) Que se acuerde un **sistema** de **custodia** materna, sin perjuicio de la patria potestad y responsabilidad parental **compartida** de ambos progenitores, con el siguiente régimen de comunicaciones y estancias a favor del padre:

"\* Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que serán reintegrados al centro escolar.

"\* Los contactos intersemanales, serán los jueves con pernocta, desde la salida del colegio, reintegrando el padre a los menores al día siguiente al centro escolar, si bien, si el padre, por motivos laborales, no pudiese estar con los niños, lo comunicará a la madre la semana anterior, y el contacto intersemanal con pernocta será lunes, martes o miércoles.

"\* Los puentes serán unidos al fin de semana del progenitor en cuya compañía se encuentren los menores.

"\* Las festividades que se determinen a lo largo del año, serán disfrutadas de forma equitativa y alterna por cada uno de los progenitores, desde la salida del colegio el día anterior a la festividad, hasta el día siguiente a la festividad en que deberán ser reintegrados al centro escolar, y si hubiese algún día impar, será disfrutado por ambos progenitores, de tal manera que uno estará con los menores desde el día anterior a la festividad a la salida del colegio hasta las 13 horas del día festivo y el otro desde las 13 horas del día festivo hasta el día siguiente en que reintegrará a los menores al centro escolar.

"En este caso elegirá la madre los años impares y el padre los años pares, el inicio de la elección.

"\* La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Fallas y Semana Santa-Pascua, eligiendo en caso de discrepancia, la madre los años impares y el padre los años pares aquella mitad que deseen disfrutar.

"- Las vacaciones escolares de Navidad y Fallas, serán disfrutadas por mitad por ambos progenitores, eligiendo en caso de discrepancia, la madre los años pares y el padre los años impares aquella mitad que deseen disfrutar, cuyo inicio será la primera mitad desde que finalice el colegio hasta la mitad exacta a las 20 horas y la segunda mitad, desde la mitad exacta a las 20 horas, hasta el día en que comience el colegio en que serán reintegrados por el progenitor que los tenga en su compañía al centro escolar.

"- Las vacaciones de Semana Santa-Pascua, comenzará la primera mitad desde la salida del colegio hasta el lunes de Pascua a las 20 horas, y la segunda mitad desde el lunes de Pascua a las 20 horas hasta el comienzo de las clases, después del día de San Vicente, en que serán reintegrados los menores al centro escolar por el progenitor con quien se encuentren los mismos.

"\* En cuanto a las de verano serán por quincenas alternas, los meses de julio y agosto, eligiendo en caso de discrepancia, la madre los años impares y el padre los años pares aquella quincena que deseen disfrutar, por lo que las quincenas quedarán distribuidas de la siguiente manera:

"Julio.

"1.ª quincena: - Desde el día 1 de julio a las 10 horas, hasta el día 16 de julio a las 10 horas.

"2.ª quincena: - Desde el 16 de julio a las 10 horas, hasta el día 1 de agosto a las 10 horas.



"Agosto.

"1.ª quincena: - Desde el día 1 de agosto a las 10 horas, hasta el día 16 de agosto a las 10 horas.

"2.ª quincena: - Desde el 16 de agosto a las 10 horas, hasta el día 1 de septiembre a las 10 horas.

"\* Los días de junio y septiembre que también es vacación escolar, se llevará a cabo el mismo **sistema** de comunicaciones y estancias que el resto del año.

"\* Ambos progenitores facilitarán la relación de los hijos con los abuelos y abuelas y otros parientes y allegados respectivos, en los períodos en que los menores se encuentren en su compañía.

"b) Que se adjudique a la esposa e hijos el uso del domicilio familiar sito en la CALLE000 , número NUM000 , de DIRECCION001 (Valencia), durante un plazo de 3 años satisfaciendo la adjudicataria Sra. Emma los consumos de la vivienda así como los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios; y con respecto al IBI seguro de hogar y gastos extraordinarios de la comunidad de propietarios serán satisfechos por mitades.

"c) Como alimentos para los hijos se deberá fijar la cantidad de seiscientos euros (600.-€) mensuales, es decir, 300.-€ por hijo, cantidad que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la esposa y actualizada anualmente de acuerdo con el índice general de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

"Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad por ambos progenitores, entendiéndose como necesarios, los médicos no cubiertos por la Seguridad Social y todos aquellos que se precisen para el desarrollo formativo, intelectual y emocional de las menores, si bien, en cuanto a los gastos convenientes y prescindibles, se estará al consentimiento de ambos progenitores para la realización de dicho gasto, y caso que no se consintiese por alguno de los progenitores, serán de cargo del que desee la realización de dicho gasto.

"d) Se imponga a ambos esposos por mitad el pago del préstamo hipotecario y seguro médico de salud de los hijos".

2.- Admitida a trámite la demanda, el Ministerio Fiscal contestó a la misma solicitando se dictara sentencia:

"Con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

3.- Se personó en calidad de demandada Dña. Emma , representada por la procuradora Dña. Nerea Hernández Barón y bajo la dirección letrada de Dña. Rosa María Soler Cervera, y contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que acuerde el divorcio del matrimonio formado por mi mandante y el demandante y en cuanto a las medidas definitivas a adoptar en el divorcio que se desestimen las interesadas de contrario y se acuerden las siguientes:

"1.º- Que se atribuya la guarda y **custodia** de los hijos comunes, a mi mandante, siendo **compartida** la patria potestad por ambos progenitores.

"2.º- Que se establezca un régimen de visitas y comunicaciones de los menores con su padre consistente en:

"a) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 21 del domingo en que los menores serán reintegrados al domicilio familiar.

"b) Que se establezca una visita intersemanal los miércoles desde la salida del centro escolar y hasta el jueves en que el padre los reintegrará también al centro escolar. Si por motivos laborales el padre no pudiera llevar a cabo la anterior visita avisará a la madre con una antelación mínimo de 48 horas.

"c) Respecto de los períodos vacacionales mostramos nuestra conformidad con los propuestos por el progenitor en su demanda.

"3.º- Que se atribuya a mi mandante y a los hijos el uso y disfrute del domicilio familiar sito la CALLE000 núm. NUM000 de DIRECCION001 junto con el ajuar existente en el mismo, hasta la mayoría de edad del menor de los hijos.

"4.º- Que en concepto de alimentos a favor de los hijos comunes el padre abone a mi mandante la cantidad de 1.400.-€ mensuales. 700.-€ mensuales por cada uno de los hijos. Dicha cantidad deberá ser ingresada en la cuenta que al efecto se designe, dentro de los cinco días primeros de cada mes, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.



"5.º- Respecto a los gastos extraordinarios de los hijos que sean satisfechos en un 80% por el padre y un 20% la madre.

"6.º- Respecto al préstamo hipotecario que grava la vivienda común, así como los gastos que tengan que ver con la propiedad del inmueble que se abonen por ambos al 50%".

Y formuló demanda reconvenicional, solicitando al juzgado:

"Que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma legal, se sirva admitirlo y en su virtud tenga por formulada demanda reconvenicional y tras los trámites de ley que se considere oportuno dicte sentencia por la que se acuerde fijar el derecho de mi mandante a percibir la pensión compensatoria del Sr. Roque por importe de 400.-€ mensuales y durante un período de cuatro años".

4.- La procuradora Dña. Eva María Tello Calvo, en representación de D. Roque, contestó a la demanda reconvenicional suplicando al Juzgado:

"Se sirva tener a esta parte por cumplimentada en el trámite que se nos confirió por decreto de 27 de Febrero de 2018, dictando la oportuna resolución por la que con desestimación de la reconvenición, se impongan las costas a la parte demandada-reconviniente".

5.- Posteriormente la procuradora Dña. Eva María Tello Calvo, presentó escrito ampliando la demanda, dada la situación de su mandante D. Roque que cambió la forma de actividad profesional, con lo que puede optar a un **sistema de custodia compartida** proponiendo el mismo, de tal forma, que los fines de semana alternos de viernes a lunes, estén los menores en compañía de cada progenitor, y que entre semana el padre esté con los menores lunes y martes y con la madre estén miércoles y jueves y modifica el suplico de su demanda en el sentido siguiente:

"a) Que se acuerde que los menores Serafina y Carlos, queden bajo la **custodia**, patria potestad y responsabilidad parental **compartida** de ambos progenitores, ejercitándose dicha **custodia** de la forma siguiente:

"- Fines de semana alternos, con cada uno de los progenitores, desde el viernes a la salida del colegio con reintegro al centro escolar el lunes por la mañana, y caso que alguno de esos dos días fuesen festivos, se realizarán los intercambios a las 17 horas, en el domicilio del progenitor que haya ostentado la **custodia**, donde acudirá el progenitor no custodio de dicha alternancia.

"- Las pernoctas intersemanales con cada uno de los progenitores, serán los lunes y martes con el padre y los miércoles y jueves con la madre, de tal manera que el padre los recogerá del centro escolar los lunes por la tarde y los devolverá al centro escolar el miércoles por la mañana, y la madre los recogerá el miércoles por la tarde y los devolverá al centro escolar el viernes por la mañana.

"- Dado el **sistema** que se plantea, no existirán puentes, ni festividades, dado que se disfrutarán por aquel de los progenitores en cuya compañía se encuentren los menores.

"- En cuanto a las vacaciones escolares, serán disfrutadas por mitad, con respecto a las de Navidad, Fallas y Semana Santa-Pascua, y las de verano por quincenas no consecutivas los meses de julio y agosto, eligiendo en caso de discrepancia, la madre los años impares y el padre los años pares aquella mitad que deseen disfrutar.

"\* En las vacaciones escolares de Navidad y Fallas, el inicio será la primera mitad desde que finalice el colegio hasta la mitad exacta a las 20 horas y la segunda mitad, desde la mitad exacta a las 20 horas, hasta el día en que comience el colegio en que serán reintegrados por el progenitor que los tenga en su compañía al centro escolar.

"\* Las vacaciones de Semana Santa-Pascua, comenzará la primera mitad desde la salida del colegio hasta el lunes de Pascua a las 20 horas, y la segunda mitad desde el lunes de Pascua a las 20 horas hasta el comienzo de las clases, después del día de San Vicente, en que serán reintegrados los menores al centro escolar por el progenitor con quien se encuentren los mismos.

"\* En cuanto a las de verano serán por quincenas alternas, los meses de julio y agosto, quedando distribuidas de la siguiente manera:

"Julio.

"1.ª quincena: - Desde el día 1 de julio a las 10 horas, hasta el día 16 de julio a las 10 horas.

"2.ª quincena: - Desde el 16 de julio a las 10 horas, hasta el día 1 de agosto a las 10 horas.

"Agosto.

"1.ª quincena: - Desde el día 1 de agosto a las 10 horas, hasta el día 16 de agosto a las 10 horas.



"2.ª quincena: - Desde el 16 de agosto a las 10 horas, hasta el día 1 de septiembre a las 10 horas.

"\* Los días de junio y septiembre que también es vacación escolar, se llevará a cabo el mismo **sistema** de comunicaciones y estancias que el resto del año.

"b) Que se adjudique a la esposa e hijos el uso del domicilio familiar, sito en la CALLE000 , número NUM000 , de DIRECCION001 (Valencia), durante un plazo de 1 año, satisfaciendo la adjudicataria Sra. Emma los consumos de la vivienda así como los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios; y con respecto al IBI seguro de hogar y gastos extraordinarios de la comunidad de propietarios serán satisfechos por mitades.

"c) Como alimentos para los hijos no se deberá fijar cantidad alguna, al tratarse de una **custodia compartida**, si bien, los gastos del colegio de los menores, serán satisfechos por mitad entre ambos esposos.

"Los gastos de alimentación y vestido, propiamente dichos, serán satisfechos por aquel progenitor con el que se encuentren los menores en cada momento.

"Para el improbable supuesto que el Juzgado considerase que hay una diferencia de ingresos entre ambos progenitores, se fije a cargo de mi mandante y todo ello exclusivamente hasta que la madre encuentre trabajo, la cantidad de doscientos euros (200.-€) mensuales, es decir, 100.-€ por hijo, cantidad que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la esposa y actualizada anualmente de acuerdo con el índice general de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

"Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad por ambos progenitores, entendiéndose como necesarios, los médicos no cubiertos por la Seguridad Social y todos aquellos que se precisen para el desarrollo formativo, intelectual y emocional de las menores, si bien, en cuanto a los gastos convenientes y prescindibles, se estará al consentimiento de ambos progenitores para la realización de dicho gasto, y caso que no se consintiese por alguno de los progenitores, serán de cargo del que desee la realización de dicho gasto.

"d) Se imponga a ambos esposos por mitad el pago del préstamo hipotecario y seguro médico de salud de los hijos".

**6.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 5 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Parte dispositiva.

"Que debo acordar y acuerdo la disolución del vínculo matrimonial por razón de divorcio de D. Roque y Dña. Emma con todos los efectos legales inherentes acordando las siguientes medidas:

"- Atribución de la guarda y **custodia** de los hijos menores a la madre, siendo la patria potestad **compartida**.

"- **Establecimiento** del siguiente régimen de visitas a favor del padre:

"- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que reintegrará a los menores al mismo centro.

"- Visita intersemanal con pernocta desde el martes a la salida del colegio hasta el jueves por la mañana en que reintegrará a los menores en dicho centro.

"- Mitad de vacaciones escolares, eligiendo, en caso de desacuerdo, el padre los años pares y la madre los impares.

"- **Establecimiento** de una pensión de alimentos por importe de 300.-€ mensuales por cada uno de los dos hijos, pagaderos dentro de los 5 primeros días del mes en la cuenta bancaria que designe la madre. Esta cantidad se actualizará anualmente de acuerdo con el IPC.

"- Los gastos escolares y el seguro médico serán abonados al 50%, al igual que los gastos extraordinarios.

"- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar junto con el ajuar doméstico a la madre y a los hijos que con ella conviven hasta la mayoría de edad de los mismos.

"- Los gastos derivados de la propiedad de dicho domicilio, incluido el seguro de hogar, serán sufragados al 50% y los derivados del uso serán asumidos por la madre.

"- No se efectúa condena en costas".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 30 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva falla:



"Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Roque .

"Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

"Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada.

"Cuarto.- En cuanto al depósito consignado para recurrir se declara su pérdida".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Roque se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal inadmitido en su momento y recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 92 del Código Civil, en relación con el art. 3.1. de la Convención de la Naciones Unidas, el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y art. 39 de la CE, que consagran el interés del menor como principio informador del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del **sistema** de protección a la infancia y a la adolescencia, por cuanto que el pronunciamiento de la sentencia recurrida atenta contra el interés de los menores, conteniendo conclusiones erróneas y arbitrarias; habiendo determinado un modelo de guarda que no se compadece con el efectivo reparto del tiempo de convivencia de los menores con sus progenitores, al punto de ser exactamente igual, todo ello en contra, todo ello, de la doctrina jurisprudencial, invocando: STS 1638/2016, de 13 de abril, STS 257/2013, de 29 de abril, STS 135/2017, de 28 de febrero, STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018, STS 490/2019, de 24 de septiembre de 2019.

Motivo segundo.- Infracción del artículo 92 del CC, en relación con el art. 3.1. de la Convención de la Naciones Unidas y el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, al haber establecido una **custodia** monoparental materna en virtud de unos razonamientos jurídicos que no aplicarían correctamente el principio de protección del interés del menor, por cuanto que, probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender a los menores y lo beneficioso para los mismos, como lo acredita el amplio régimen de visitas acordado que supone exactamente la mitad del tiempo, sin embargo se deniega el régimen solicitado, aplicándose de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta sala sobre la guarda y **custodia compartida**, relativa a que "siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea", y siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo. Infracción de la doctrina de la Sala, entre otras, de la STS 257/2013, de 29 de abril, STS 172/2016, de 17 de marzo y STS 571/2015, de 14 de octubre.

Motivo tercero.- Infracción del art. 1281, 1284 y 1286 CC y la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma, y denominemos a la **custodia compartida** como **custodia** individual, ello iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, y sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 58/2013, de 25 de febrero, rec. 994/2010, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Motivo cuarto.- Vulneración del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación de los artículos 142, 145 y 146 y 154.2 del Código Civil, ya que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y las capacidades económicas respectivas de los progenitores, no respetándose el canon de proporcionalidad, oponiéndose así a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, invocando: STS 586/2015, de 21 de octubre; STS 413/2015, de 10 de julio; STS 395/2015, de 15 de julio, y la STS de 2 de diciembre de 2015.

Motivo quinto.- Infracción de lo dispuesto en el art. 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española, con infracción de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que estableciéndose tiempos idénticos de estancia con los progenitores, conviviendo los hijos en casa de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre, tal como expresa la STS 9/9/2015, 174/2015, de 25 de marzo, rec. 2446/2013, la STS 282/2015, de 18 de mayo, y la STS de 17 de noviembre de 2015.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de enero de 2021, se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición a la casación en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Nerea Hernández Barón, en nombre y representación de Dña. Emma , presentó escrito de oposición al mismo; por su parte

el Ministerio Fiscal tras exponer las alegaciones que consideró necesarias se adhirió al recurso de casación interpuesto en sus motivos primero, segundo, cuarto y quinto y solicita que se declare:

"1.º Que procede constituir un régimen de guarda y **custodia compartida**, manteniendo los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto a los tiempos de estancia de los hijos menores con su padre y con su madre.

"2.º Que en caso de que se estimen los motivos primero y segundo, se estime igualmente el motivo cuarto modificando la pensión alimenticia en favor de los hijos en el siguiente sentido:

"La pensión a cargo del padre se establece en la suma de 150 euros para cada menor, a entregar a la madre, y asumiendo cada progenitor los costes durante el tiempo de estancia de los menores y el 50% de los gastos extraordinarios, incluyendo los gastos escolares y el seguro médico.

"3.º Que en caso de que se estimen los motivos primeros y segundo, se estime igualmente el motivo quinto modificando la asignación de la vivienda familiar en el siguiente sentido:

"Se asigna el uso de la vivienda familiar a la progenitora por un plazo de dos años, a partir de la sentencia que se dicte en casación".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

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

Los presentes recursos traen causa de demanda de divorcio en la que por el esposo se solicita la adopción de medidas respecto de los dos hijos menores y habidos durante el matrimonio (nacidos en 2006 y 2009, respectivamente). En concreto, entre otras medidas, en la demanda inicial el padre solicitó la adopción de una **custodia** monoparental materna, pero después cambió su petición inicial por el **establecimiento** de una guarda y **custodia compartida**, justificada en un cambio en su trabajo que le permitiría el teletrabajo, con una mayor flexibilidad y la posibilidad de atender a sus hijos.

La sentencia de primera instancia atribuyó la guarda y **custodia** monoparental a la madre, atendiendo a la propia voluntad de los menores expresada durante el acto de la exploración, y el hecho de que estos llevan residiendo en DIRECCION001 varios años, con un círculo de amigos que desean mantener. Además, la sentencia refiere la falta de acreditación del cambio de las condiciones laborales invocadas por el padre, y que el mismo habría aceptado la **custodia** materna en sede de medidas provisionales al haber concluido por un acuerdo entre las partes.

La sentencia establece un régimen de comunicaciones con el progenitor no custodio consistente en fines de semana alternos (desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que se reintegrarán los menores en el mismo centro), con visita intersemanal con pernocta desde el martes a la salida del colegio hasta el jueves por la mañana en que se reintegrarán a los menores en dicho centro). Del mismo modo, la citada resolución imponía una pensión alimenticia con cargo al padre por importe de 300 euros mensuales, para cada uno de los hijos.

#### 2.- Sentencia de segunda instancia.

Contra la citada sentencia se interpone por el padre recurso de apelación, que es desestimado con confirmación de la sentencia impugnada.

Considera la sentencia impugnada que el padre habría solicitado por dos veces la adopción de la guarda y **custodia** monoparental materna sin que hubiera justificado debidamente su cambio de parecer y que, además, los hijos habrían expresado su voluntad de querer mantener las cosas como están. Por otro lado entiende la sala de apelación que el amplio régimen de visitas no encubriría una guarda y **custodia compartida**, sino paliar los efectos de falta de relación con el padre que se dan en los casos de **custodia** materna. Asimismo, respecto del importe de los alimentos, considera la sentencia que la suma determinada (de 300 euros para cada uno de los hijos) resulta proporcional a las necesidades de los hijos y las posibilidades del pagador, siendo la cantidad que precisamente ofreció la parte al instar la sentencia de divorcio.

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



Contra la citada sentencia se interpone por el padre recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, no habiendo superado el trámite de admisión el recurso extraordinario por infracción procesal.

Por su parte, el recurso de casación interpuesto se funda en cinco motivos: el primero, por infracción de los arts. 92 CC, 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas, art. 2 LO 1/1996 y 39 CE, al considerar que procedería el **establecimiento**, en el supuesto de autos, de un régimen de guarda y **custodia compartida** pues el reparto de tiempos de los menores con los progenitores en la sentencia impugnada sería absolutamente y perfectamente equitativo, pese a lo cual la sentencia impugnada habría otorgado la guarda y **custodia** a la madre; el segundo, por infracción de los arts. 92 CC, 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas, art. 2 LO 1/1996, al entender que al otorgar la guarda y **custodia** a la madre, en la sentencia impugnada, no se aplicaría correctamente el principio de interés del menor; el tercero, por infracción de los arts. 1281, 1284 y 1286 CC, por considerar que la parte habría interesado el **establecimiento** de un régimen de guarda y **custodia compartida** en medidas definitivas, desde su escrito de fecha de 15 de marzo de 2018, siendo definida la pretensión igualmente al inicio del juicio de divorcio; cuarto, por infracción de los arts. 142, 145, 146 y 154.2 CC, al entender que la sentencia impugnada no atendería al caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y las capacidades económicas respectivas de los progenitores, sin respeto del canon de proporcionalidad, pues en el momento del juicio la madre se encontraría trabajando; y el quinto, por infracción de los arts. 348 CC y 33 CE, al entender que al haberse dispuesto la atribución de los menores en idénticos tiempos con los progenitores, no se debería atribuir el uso de la vivienda familiar con carácter indefinido.

**SEGUNDO.-** *Motivos primero, segundo y tercero.*

**1.-** Motivo primero: Infracción del art. 92 del Código Civil, en relación con el art. 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas, el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y art. 39 de la CE, que consagran el interés del menor como principio informador del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del **sistema** de protección a la infancia y a la adolescencia, por cuanto que el pronunciamiento de la sentencia recurrida atenta contra el interés de los menores, conteniendo conclusiones erróneas y arbitrarias; habiendo determinado un modelo de guarda que no se compadece con el efectivo reparto del tiempo de convivencia de los menores con sus progenitores, al punto de ser exactamente igual, todo ello en contra, todo ello, de la doctrina jurisprudencial, invocando: STS 1638/2016, de 13 de abril, STS 257/2013, de 29 de abril, STS 135/2017, de 28 de febrero, STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018, STS 490/2019, de 24 de septiembre de 2019.

**2.-** Motivo segundo: Infracción del artículo 92 del CC, en relación con el art. 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, al haber establecido una **custodia** monoparental materna en virtud de unos razonamientos jurídicos que no aplicarían correctamente el principio de protección del interés del menor, por cuanto que, probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender a los menores y lo beneficioso para los mismos, como lo acredita el amplio régimen de visitas acordado que supone exactamente la mitad del tiempo, sin embargo se deniega el régimen solicitado, aplicándose de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta sala sobre la guarda y **custodia compartida**, relativa a que "siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea", y siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo. Infracción de la doctrina de la Sala, entre otras, de la STS 257/2013, de 29 de abril, STS 172/2016, de 17 de marzo y STS 571/2015, de 14 de octubre.

**3.-** Motivo tercero: Infracción del art. 1281, 1284 y 1286 CC y la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma, y denominemos a la **custodia compartida** como **custodia** individual, ello iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, y sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 58/2013, de 25 de febrero, rec. 994/2010, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Se estiman los tres motivos, que se analizan conjuntamente.

Se solicita el **establecimiento** del **sistema** de **custodia compartida**, dado que por el régimen de visitas establecido, el padre goza de los hijos el mismo tiempo que la madre.

A la vista del régimen establecido, transcrito en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, debemos convenir que la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el *nomen* del **sistema** de **custodia compartida**, que *de facto* se ha establecido ( art. 92 del C. Civil).





En este sentido las sentencias 52/2015, de 16 de febrero y 490/2019, de 24 de septiembre, entre otras.

**TERCERO.-** *Motivo cuarto. Vulneración del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación de los artículos 142, 145 y 146 y 154.2 del Código Civil, ya que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y las capacidades económicas respectivas de los progenitores, no respetándose el canon de proporcionalidad, oponiéndose así a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, invocando: STS 586/2015, de 21 de octubre ; STS 413/2015, de 10 de julio ; STS 395/2015, de 15 de julio , y la STS de 2 de diciembre de 2015 .*

Se estima el motivo.

Entiende el recurrente que, dado que los tiempos de estancia con los dos progenitores son similares, no procede fijar pensión por alimentos.

En el presente supuesto consta:

1.- Ambos progenitores trabajan.

2.- El sueldo de él es mas elevado, no baja de 3.600 euros. Regenta una empresa con su hermano, no habiendo querido facilitar en exceso el conocimiento de su real situación económica (FDD quinto de la sentencia del juzgado).

3.- La madre percibe 2.200 euros mensuales.

El recurrente entiende que dado que la madre ya ha encontrado trabajo y que los tiempos de estancia son similares, no cabe una pensión de alimentos como la fijada por el Juzgado de 300 euros por cada uno de los dos hijos.

Esta sala en aplicación de lo dispuesto en los arts. 142, 145 y 146 del C. Civil, ha de fijar una pensión por alimentos de 200 euros mensuales por cada hijo, dados los parámetros antes mencionados y sin perder de vista que el Tribunal de instancia tuvo en cuenta que la madre quedaba con los hijos en posesión de la vivienda familiar a la hora de fijar la pensión, por lo que la reducción de la pensión no puede ser tan notable como la solicitada por el recurrente.

Esta sala en sentencias 55/2016, de 11 de febrero y 564/2017, de 17 de octubre, entre otras ha declarado que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores ( art. 146 del C. Civil).

**CUARTO.-** *Motivo quinto. Infracción de lo dispuesto en el art. 96 CC , por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española , con infracción de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que estableciéndose tiempos idénticos de estancia con los progenitores, conviviendo los hijos en casa de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre, tal como expresa la STS 9/9/2015 , 174/2015, de 25 de marzo , rec. 2446/2013 , la STS 282/2015, de 18 de mayo , y la STS de 17 de noviembre de 2015 .*

Se estima el motivo.

Se alega por el recurrente que no cabe atribuir a la esposa el uso de la que fue vivienda familiar, dado que al concurrir *de facto* un **sistema de custodia compartida**, los menores quedan bajo la **custodia** de los dos progenitores, por lo que no puede atribuirse el uso a uno de ellos.

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)".

Igualmente, sentencia 396/2020, de 6 de julio.



A la vista de la doctrina jurisprudencial procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a los hijos y madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la presente sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del **sistema de custodia** y residencia ( art. 96 del C. Civil).

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

**QUINTO.- Costas y depósito.**

Estimado el recurso de casación no procede imposición de costas ( art. 398.2 LEC de 2000), devuélvase al recurrente el depósito.

## 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 el recurso de casación interpuesto por D. Roque , contra sentencia de fecha 30 de octubre de 2019 de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (apelación 164/2019).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de mantener el régimen de estancia y visitas, si bien declarando que constituye un **sistema de custodia compartida**.

3.º- Se fija una pensión de alimentos para cada hijo de 200 euros.

4.º- Procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a los hijos y madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la presente sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales.

5.º- Se mantienen el resto de las medidas acordadas en la instancia.

6.º- No ha lugar a imposición de costas y devuélvase al recurrente el depósito constituido para la casación.

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.