



Roj: **STS 4022/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4022**

Id Cendoj: **28079110012021100741**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/10/2021**

Nº de Recurso: **445/2021**

Nº de Resolución: **729/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 729/2021

Fecha de sentencia: 27/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 445/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES. SECCIÓN 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 445/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 729/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 27 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Clemencia, representada por la procuradora del turno de oficio D.^a Rosa María García Bardón y bajo la dirección letrada de la demandante que asume su propia defensa, contra la sentencia n.º 184/2020, de 4 de marzo y auto de aclaración de 22 de junio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial



de Cáceres en el recurso de apelación n.º 39/2020, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 286/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cáceres, sobre Divorcio contencioso. Ha sido parte recurrida D. Rosendo , que no se ha personado ante esta sala.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Rosendo interpuso demanda de divorcio contra D.ª Clemencia , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"estimando la presente demanda y acordando la disolución del matrimonio por concurrir causa de divorcio, con disolución de la sociedad de gananciales y todos los demás efectos inherentes a dicho pronunciamiento, acordando las medidas definitivas que a continuación se relacionan, y sin hacer pronunciamiento sobre costas:

"1.ª) Ambos progenitores conservarán la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, Graciela y Jose Enrique .

"2.ª) La guarda y **custodia** de ambos hijos será **compartida** por ambos progenitores, por períodos alternativos de dos semanas, o por los períodos que ambos acuerden, o el que se fije tras oírse a ambos; con derecho de comunicación del progenitor que no tenga a los hijos en cada período de comunicar y estar con los hijos dos tardes entre semana, pudiendo comer con ellos, y fines de semana alternos; ajustándose el calendario de estancias bisemanales para que las vacaciones escolares de los hijos sean disfrutadas por mitad por ambos progenitores.

"3.ª) El uso y disfrute de la vivienda que constituye el domicilio familiar será compartido por ambos progenitores en los períodos alternativos de dos semanas de la guarda y **custodia compartida**, viviendo los hijos en dicho domicilio de forma permanente; situación que se mantendrá durante el plazo mínimo de un año o hasta que se produzca la próxima liquidación de bienes gananciales.

"4.ª) Fijar como contribución de ambos progenitores para las necesidades de los dos hijos menores incluidas en el concepto legal de alimentos, en el régimen de guarda y **custodia compartida** propuesto, que cada uno de ellos corra con los gastos de alimentos y consumos domésticos durante los períodos bisemanales en que los hijos permanezcan con cada uno de ellos, debiendo en todo caso D. Rosendo abonar a D.ª Clemencia la cantidad total de 145'00 euros mensuales, actualizables anualmente según el IPC publicado por el INE, que habrán de ser ingresadas por D. Rosendo dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señale D.ª Clemencia .

"5.ª) Los gastos extraordinarios relativos a las hijas serán abonados por mitad entre ambos progenitores, previo acuerdo de los mismos sobre su necesidad, entendiéndose por tales gastos extraordinarios los siguientes: los referentes a la educación, tales como clases particulares, o formativas; y los referentes a la salud o sanidad que no vengán cubiertos por la Seguridad Social u otro tipo de seguros públicos o privados de los progenitores.

"6.ª) En concepto de cargas del matrimonio y de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges abonarán por mitad el importe de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda que constituye el domicilio familiar sita en DIRECCION000 , aplicando al pago de dicho préstamo la renta mensual percibida por el arrendamiento de la vivienda ganancial sita en Toledo".

2. La demanda fue presentada el 21 de abril de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cáceres, fue registrada con el n.º 286/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D.ª Clemencia contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dicte en su día sentencia por la que:

"Se declare disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre D.ª Clemencia y D. Rosendo .

"Se acuerden como definitivas las medidas reseñadas en el Hecho Octavo de la presente contestación a la demanda que a continuación reseñamos:

"1.- Que se declare la disolución del matrimonio de los cónyuges indicados por divorcio, con revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro.

"2. Patria potestad y guarda y **custodia**.

"B) Patria Potestad:



"Se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por el interés de los menores, todas las decisiones que les afecten, decidiendo en los casos de falta de acuerdo la autoridad judicial, todo ello conforme al siguiente:

"Plan de parentalidad:

"-Deber y derecho de información recíproco y también respecto a terceros que intervengan sobre los hijos (ámbitos escolar, médico, cambios de domicilio, educación, ocio etc.).

"-Deber y derecho a decidir (supuestos apoyo escolares, salud, religiosidad, etc).

"-Deber y derecho a la utilización de documentación de los menores (libro de familia, pasaporte, tarjeta sanitaria, ..)

"-Deber y derecho a comunicar con los hijos en lo cotidiano -sin excesos- por teléfono/Internet y por tiempo delimitado (18:30 a 20:00 horas, como horario recomendado).

"-Deber y obligación de no utilizar a los hijos como soporte de las comunicaciones entre los progenitores.

"-Derecho a auxiliarse de terceros de confianza en tareas cotidianas con los hijos (llevar y recogida del colegio o actividades extraescolares, etc.), así como la preponderancia del otro progenitor en caso de no estancia del progenitor custodio en su período con sus hijos.

"-Deber de control sanitario y derecho de presencia en tales actos. Notificación de consultas, enfermedades, tratamientos, terapias o medicación prescrita en relación con dichas dolencias o enfermedades (partes, médicos, informes clínicos, etc.), que padecieren los menores.

"-Deber de control y seguimiento escolar, tutorías, así como presencia en los actos escolares, tanto académicos como de ocio. Facilitación de las notas o avisos escolares al otro progenitor, e informes psicológicos si los hubiere.

"-Deber de respeto y discreción a las relaciones familiares de los hijos (evitar intromisiones en las relaciones con el otro progenitor, hacer llamadas excesivas, intempestivas, aparecer sin previo aviso, hacer comentarios negativos sobre el otro progenitor, etc.).

"-Derecho y deber de colaboración en la elección de centro escolar.

"-Presunción de autorización ante terceros para las salidas y/o excursiones escolares, o extraescolares.

"-Derecho y obligación de consentir mutuamente por escrito los viajes fuera de España (lugar al que se viaja, teléfonos de contacto, fecha del viaje de ida y del retorno, así como del medio de transporte empleado, número de vuelo, horarios, etc.); sin que todo ello afecte a su escolarización.

"-Suspensión de estancias y visitas, por hechos debidamente acreditados de enfermedad o indisposición de los hijos, con sistema alternativo de comunicación.

"- Las comunicaciones se realizarán por medio que resulte más accesible, debiendo notificarse por correo electrónico lo más significativo o trascendental para la vida de los menores, con la obligación de notificarse de inmediato cualquier cambio en la dirección de dicho correo.

"B) **Custodia:**

"Los hijos del matrimonio quedarán bajo la guarda y **custodia** de la madre, en cuya compañía vivirán, sin perjuicio del derecho de comunicaciones, estancias y vacaciones con el otro progenitor en las condiciones que a continuación se exponen:

"B.1) Régimen de estancias con el progenitor no custodio:

"Con el carácter de principal, se solicita la adopción del régimen de estancias que, desde la fecha de la separación de hecho, se ha venido practicando:

"Los niños estarán, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, entre los meses octubre y abril, y a las 21:00 horas entre los meses de mayo a septiembre, los lunes miércoles y viernes con un progenitor y los martes y jueves con el otro, alternando semanalmente las estancias.

"Los hijos estarán con el progenitor no custodio en fines de semanas alternos, pernoctando con el mismo el viernes o el sábado, previo acuerdo de los progenitores.

"B.2) Con el carácter de subsidiario, se propone el siguiente régimen de estancias con el progenitor no custodio:

"a) Fines de semana .- Durante los períodos escolares, el padre disfrutará de la compañía de sus hijos en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20:30 horas, entre los



meses octubre y abril, y a las 21:00 horas entre los meses de mayo a septiembre, en que serán reintegrados al domicilio materno.

"Igualmente, el padre podrá disfrutar de la compañía de sus hijos dos tardes a la semana, desde la salida del colegio, hasta las 20,30 horas entre los meses octubre y abril, y a las 21:00 horas entre los meses de mayo a septiembre, en que serán reintegrados al domicilio materno.

"Se respetarán siempre las actividades extraescolares de los menores.

"d) Vacaciones.

"Los hijos del matrimonio pasarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el período vacacional, en caso de desacuerdo, doña Clemencia en los años impares y don Rosendo en los años pares, teniendo siempre preferencia la Sra. Clemencia en el mes de agosto, pues es el mes de vacaciones judiciales.

"Navidad.

"Las vacaciones se distribuirán en dos períodos y los hijos pasarán la mitad con su madre y la otra mitad con su padre.

"Al tratarse más o menos de 2 semanas de vacaciones, el progenitor al que no le corresponda tenerlos esa semana, podrá estar en su compañía dos tardes a la semana desde la comida hasta las 21:00 horas.

"Primer período.- Desde el día en el que se inicien las vacaciones escolares, desde la salida del colegio, hasta el día 30 de diciembre a las 13:00 horas.

"Segundo período .- Desde las 13:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 19:00 horas del día anterior al de reanudación del curso escolar.

"Respecto a la festividad de Reyes, los hijos pasarán la mitad del día con cada progenitor, de tal manera que pasarán con el progenitor que haya disfrutado de su compañía durante el segundo período, la noche de Reyes, permaneciendo en su compañía hasta las 13:00 horas del día siguiente, que pasarán a estar con el otro progenitor.

"Semana Santa.

"Cada progenitor disfrutará de la compañía de sus hijos durante la mitad de las vacaciones de Semana Santa, comenzando el Viernes de Dolores, a la salida del colegio, y finalizando el domingo de Resurrección, a las 20:00 horas.

"Un progenitor tendrá en su compañía a los menores desde el Viernes de Dolores (viernes anterior al Domingo de Ramos), a la salida del colegio, hasta las 17:00 horas del Miércoles Santo; y el otro desde las 17:00 horas del Miércoles Santo hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección. Si fuera festivo el Lunes de Pascua quedará unido al segundo período.

"Al tratarse de unos 10 días aproximadamente de vacaciones, el progenitor al que no le corresponda tenerlos, podrá estar en su compañía una tarde desde la comida hasta las 22:00 horas.

"Verano.

"Las vacaciones de verano se disfrutarán por los progenitores por mitad durante los meses de julio y agosto, que serán divididos por semanas, con carácter principal, y subsidiariamente, en cuatro quincenas alternas.

"Los niños serán recogidos en el domicilio materno a las 12.00 horas del primer día que le corresponda por cada uno de los períodos vacacionales y reintegrados al mismo a las 22:00 horas del último día de cada uno de los períodos. "Siempre y cuando los niños se encuentren en la localidad, el progenitor al que no le corresponda tenerlos esa semana o, subsidiariamente, quincena, podrá tenerlos en su compañía dos tardes a la semana desde la comida hasta las 22:00 horas.

"Durante todas las estancias con los menores, incluidos todos los períodos de vacaciones, siempre y cuando el progenitor al que le corresponda estar con los niños no pudiese personalmente por los motivos que fueren, los niños estarán con el otro progenitor hasta que al que le correspondan pueda hacerse cargo personalmente de los mismos.

"Días del padre y de la madre y cumpleaños de los progenitores:

"En los días del padre y de la madre y los cumpleaños de los progenitores, los menores permanecerán con cada uno de ellos en sus días respectivos, y, si fuera día laborable, durante tres horas por la tarde.

"Siempre se respetarán las actividades de los menores, especialmente, las lectivas.

"Cumpleaños de los menores:

"El progenitor que no los tenga en su compañía en esa fecha, podrá permanecer con el menor que cumpla años durante tres horas, atendiendo a las circunstancias del momento (horario escolar, trabajo de progenitores, etc.) y respetando siempre la celebración que los niños disfruten con sus amigos.

"Celebraciones y acontecimientos de reunión familiar:

"Respecto a las celebraciones y acontecimientos de reunión familiar (bautizos, comuniones, bodas, cumpleaños o similares de los miembros de la familia de los progenitores), el progenitor en cuya compañía estén facilitará su permanencia con el otro progenitor durante el tiempo de duración del evento, atendiendo a la especialidad de la celebración, debiendo comunicarlo con al menos siete días de antelación por correo electrónico.

"En caso de que los menores acudan a campamentos o excursiones organizadas por Centros Escolares o similares durante las vacaciones de verano, Semana Santa o Navidad, siempre se entenderá que, el período de tiempo restante, será disfrutado por mitad entre ambos progenitores. La decisión para realizar estas actividades será tomada de común acuerdo por los progenitores.

"Normas Generales:

"Todas las comunicaciones de relevancia entre los progenitores se harán por medio del correo electrónico.

"El progenitor con derecho a elegir, deberá comunicar al otro el período seleccionado con al menos un mes de antelación al inicio de cada período vacacional.

"En caso de que los hijos vayan a pasar las vacaciones fuera de su localidad de residencia el progenitor que se traslade deberá comunicar al otro la llegada al destino, así como la fecha prevista de regreso a su domicilio habitual.

"La recogida y entrega de los menores se producirá a la salida del colegio o en el domicilio familiar.

"El progenitor que no tenga a los menores en su compañía podrá contactar telefónicamente con ellos siempre respetando los horarios y costumbres de los niños. Se permitirá el contacto por medios tecnológicos como correo electrónico, WhatsApp, mensajes multimedia, etc., en las mismas condiciones de respeto a las actividades de los menores, especialmente las lectivas.

"b) Durante los períodos vacacionales, se interrumpen las estancias de fines de semana señalados en el apartado a).

"3. Pensión de alimentos y gastos extraordinarios:

"D. Rosendo abonará como pensión de alimentos para sus dos hijos la suma de setecientos cincuenta euros mensuales para cada uno de los menores, cantidad que será abonada en doce mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designará doña Clemencia .

"Esta cantidad se abonará por el padre aunque los hijos alcancen la mayoría de edad, en tanto en cuanto no gocen de independencia económica o realicen una actividad laboral remunerada que les permita su autonomía personal.

"Esta cantidad se revisará anualmente de acuerdo con el incremento de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. La actualización se producirá automáticamente, sin que sea necesario requerimiento previo. La primera revisión de producirá en mayo de 2018.

"Los gastos de los hijos, tales como los relacionados con servicios médicos y farmacéuticos excluidos de la cobertura del sistema público de sanidad, primas de seguros médicos privados, dentista, gafas o lentillas, actividades extraescolares y deportivas, excursiones, campamentos, matrículas en colegios privados, idiomas, matrículas en universidades privadas, residencia universitaria o vivienda para el caso de que los menores cursen estudios fuera de su ciudad de residencia, estudios complementarios en el extranjero, másters, serán sufragados por los progenitores con el siguiente porcentaje: la madre el 20% y el padre el 80%.

"Los gastos que supongan una elevada cuantía habrán de ser consensuados por ambos progenitores y, en caso de desacuerdo, sometidos a aprobación judicial.

"Los gastos se justificarán, una vez aprobados, mediante remisión de las facturas, incluido el envío por correo electrónico, que se considerará requerimiento de pago, y deberán ser abonados en el plazo de cinco días desde la fecha de la notificación.



"Asimismo, los progenitores abonarán por mitad las actividades extraescolares y los gastos de inicio de curso (libros, material escolar, uniformes, equipación deportiva, etc.). El abono se producirá en la misma proporción señalada anteriormente.

"4. Pensión compensatoria.

"Teniendo en cuenta que ambos cónyuges perciben ingresos pero el nivel de los mismos dista notablemente, generándose un evidente desequilibrio como consecuencia del divorcio, don Rosendo abonará a doña Clemencia la cantidad de quinientos euros (500,00 €) mensuales, por meses adelantados, antes del día 5 de cada mes, que serán ingresados en la cuenta bancaria que la señora Clemencia designe al efecto.

"5. Uso de la vivienda que constituyó el hogar familiar y del ajuar doméstico.

"El uso y disfrute de la vivienda que constituyó el hogar familiar, sita en DIRECCION000 , AVENIDA000 , nº NUM000 ; así como todo el ajuar doméstico existente en la misma, se otorgará a los menores y a doña Clemencia .

"6. Uso del resto de los bienes inmuebles de titularidad ganancial:

"El uso y disfrute del resto de los bienes de titularidad ganancial, se adjudican a ambos cónyuges, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

"7. Uso y disfrute de los automóviles.

"Respecto al uso y disfrute de los vehículos Audi A6 2.7, matrícula VXC , y Ford Focus 1.8, matrícula XK-....-I , los cónyuges continuarán utilizándolos como vienen haciendo desde el momento de la separación de hecho.

"Los gastos derivados del uso de los automóviles serán sufragados en un 80% por don Victor Manuel y en un 20% por doña Clemencia .

"8. Contribución a las cargas del matrimonio.

"El IBI de los inmuebles, los seguros contratados para los mismos, así como las reparaciones imprescindibles para el mantenimiento de los inmuebles titularidad de la sociedad legal de gananciales -que habrán de ser consensuadas por ambos titulares-, serán abonados por los cónyuges en la siguiente proporción: doña Clemencia , 20%, y don Rosendo , 80%. Esta diferencia de porcentaje en la cantidad a abonar por cada propietario, no dará lugar a compensación de clase alguna cuando se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

"En idéntico porcentaje y con idénticas condiciones se procederá al abono de los créditos hipotecarios que soportan los inmuebles de titularidad común, no generando tampoco derecho a compensación de clase alguna cuando se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

"Se ordenen las inscripciones marginales correspondientes en el Registro Civil.

"Con imposición de costas a la parte actora si se opusiere a estas pretensiones".

4. D.^a Clemencia interpone en el mismo escrito demanda reconvenional en la que solicitaba dictara en su día sentencia por la que:

"junto a la aprobación de las medidas paternofiliales instadas en nuestro escrito de contestación a la demanda, acuerde la siguiente: fijación de una pensión compensatoria a favor de D.^a Clemencia por importe de quinientos euros (500,00 €) mensuales, con cargo al señor Rosendo , que se ingresará, por meses adelantados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que la señora Clemencia designe. Está pensión será actualizada anualmente de acuerdo con el incremento de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística y organismo que lo sustituya, produciéndose automáticamente, sin necesidad de requerimiento previo. Y con condena en costas a la parte reconvenida".

5. D. Rosendo contestó a la demanda reconvenional mediante escrito en el que solicitaba se dictara en su día sentencia:

"estimando en su integridad la demanda principal formulada por esta parte y desestimando íntegramente la demanda reconvenional formulada por D.^a Clemencia con expresa condena a este de las costas de la reconvenición por su manifiesta temeridad y mala fe".

6. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cáceres dictó sentencia de fecha 19 de junio de 2018, con el siguiente fallo:

"ESTIMO parcialmente la demanda y la reconvenición presentadas respectivamente por D. Rosendo con procurador Sra. Antonia Muñoz García con letrado Sr. Juan María Expósito Rubio y D.^a Clemencia con



procuradora Sra. María Magdalena Luengo Simón con letrado Sra. Isabel González Hernández. Con la intervención del Ministerio Fiscal y ACUERDO las siguientes medidas:

"- La declaración de divorcio de D. Rosendo y D.^a Clemencia cesando los poderes que los cónyuges se pudieran haber otorgado el uno a favor del otro. Acordándose la disolución del régimen económico matrimonial.

"- La patria potestad de los menores se atribuye conjuntamente a los progenitores.

"- La guarda y **custodia** de los menores se atribuye a la madre D.^a Clemencia .

"- Régimen de visitas del padre en relación a los hijos menores: el padre podrá estar con sus hijos menores, dos tardes a la semana desde la salida del colegio a las 21 horas, respetando las actividades extraescolares de los niños y fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta el lunes a la entrada de colegio.

"Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Navidad se dividirán en dos períodos alternos. Los hijos del matrimonio pasarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el período vacacional, en caso de desacuerdo, doña Clemencia en los años impares y, don Rosendo en los años pares.

"Navidad: Las vacaciones se distribuirán en dos períodos y los hijos pasarán la mitad con su madre y la otra mitad con su padre. Primer período.- Desde el día en el que se inicien las vacaciones escolares, desde la salida del colegio, hasta el día 30 de diciembre a las 13:00 horas. Segundo período.- Desde las 13:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 19:00 horas del día anterior al de reanudación del curso escolar.

"Respecto a la festividad de Reyes, los hijos pasarán la mitad del día con cada progenitor, de tal manera que pasarán con el progenitor que haya disfrutado de su compañía durante el segundo período, la noche de Reyes, permaneciendo en su compañía hasta las 13:00 horas del día siguiente, que pasarán a estar con el otro progenitor.

"Semana Santa: Cada progenitor disfrutará de la compañía de sus hijos durante la mitad de las vacaciones de Semana Santa, comenzando el Viernes de Dolores, a la salida del colegio, y finalizando el domingo de Resurrección, a las 20:00 horas. Un progenitor tendrá en su compañía a los menores desde el Viernes de Dolores (viernes anterior al Domingo de Ramos), a la salida del colegio, hasta las 17:00 horas del Miércoles Santo; y el otro desde las 17:00 horas del Miércoles Santo hasta las 20.00 horas del Domingo de Resurrección. Si fuera festivo el Lunes de Pascua quedará unido al segundo período.

"Verano: En concreto las Vacaciones de Verano se dividen en períodos alternos desde el día siguiente que terminen las vacaciones hasta el día 30 de junio, el primero, siendo los meses de julio y agosto, períodos alternos de 15 días y los días correspondientes del mes de septiembre, hasta el día anterior que comience el curso escolar, el último. Los padres elegirán el período a disfrutar de común acuerdo y en su defecto los años pares elegirá el padre y los impares la madre. Los niños serán recogidos en el domicilio materno a las 12.00 horas del primer día que le corresponda por cada uno de los períodos vacacionales y reintegrados al mismo a las 22:00 horas del último día de cada uno de los períodos.

"Durante todas las estancias con los menores, incluidos todos los períodos de vacaciones, siempre y cuando el progenitor al que le corresponda estar con los niños no pudiese personalmente por los motivos que fueren, los niños estarán con el otro progenitor hasta que al que le correspondan pueda hacerse cargo personalmente de los mismos.

"Los días del padre y de la madre y cumpleaños de los progenitores los menores permanecerán con cada uno de ellos en sus días respectivos y si fuera laborable durante tres horas por la tarde.

"En los cumpleaños de los menores, podrán permanecer con el menor que cumpla los años durante tres horas, atendiendo a las circunstancias del momento, horario escolar, trabajo de progenitores, etc, y respetando siempre la celebración de los niños que disfruten con los amigos.

"Respecto a celebraciones y acontecimientos de reunión familiar, bautizos, comuniones bodas o similares, el progenitor en cuya compañía estén facilitará su permanencia con el otro progenitor durante el tiempo de duración del evento, atendiendo a la especialidad de la celebración, debiendo comunicarlo con al menos siete días de antelación por correo electrónico.

"En caso de que los menores acudan a campamentos o excursiones organizadas por Centros Escolares o similares durante las vacaciones de verano, Semana Santa o Navidad, siempre se entenderá que, el período de tiempo restante, será disfrutado por mitad entre ambos progenitores. La decisión para realizar estas actividades será tomada de común acuerdo por los progenitores.



"Todas las comunicaciones de relevancia entre los progenitores se harán por medio del correo electrónico.

"El progenitor con derecho a elegir, deberá comunicar al otro el período seleccionado con al menos un mes de antelación al inicio de cada período vacacional.

"En caso de que los hijos vayan a pasar las vacaciones fuera de su localidad de residencia el progenitor que se traslade deberá comunicar al otro la llegada al destino, así como la fecha prevista de regreso a su domicilio habitual.

"La recogida y entrega de los menores se producirá a la salida del colegio o en el domicilio familiar.

"El progenitor que no tenga a los menores en su compañía podrá contactar telefónicamente con ellos siempre respetando los horarios y costumbres de los niños. Se permitirá el contacto por medios tecnológicos como correo electrónico, WhatsApp, mensajes multimedia, etc., en las mismas condiciones de respeto a las actividades de los menores, especialmente las lectivas.

"Durante los períodos vacacionales, se interrumpen las estancias de fines de semana señalados en el apartado.

"- El uso y disfrute del domicilio común se atribuye a la madre y a los hijos.

"- La pensión de alimentos a abonar por el padre se estipula en la cantidad total de 800 euros, 400 euros para cada uno de los hijos, a abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme al IPC.

"- Los vehículos se usarán por los progenitores de la misma manera que lo vinieren haciendo, siempre de forma equitativa.

"- Las cargas del matrimonio se sufragarán por mitad por ambos progenitores.

"- Los gastos extraordinarios se sufragarán por los progenitores en el porcentaje de un 30 % para doña Clemencia y un 70% para D. Rosendo .

"Tendrán la consideración de gastos extraordinarios: Los gastos de los hijos, tales como los relacionados con servicios médicos y farmacéuticos excluidos de la cobertura del sistema público de sanidad, primas de seguros médicos privados, dentista, gafas o lentillas, actividades extraescolares y deportivas, excursiones, campamentos, matrículas en colegios privados, idiomas, matrículas en universidades privadas, residencia universitaria o vivienda para el caso de que los menores cursen estudios fuera de su ciudad de residencia, estudios complementarios en el extranjero, másters, serán sufragados por los progenitores con el siguiente porcentaje: la madre el 30% y el padre el 70%.

"Los gastos que supongan una elevada cuantía habrán de ser consensuados por ambos progenitores y, en caso de desacuerdo, sometidos a aprobación judicial por el procedimiento legal que corresponda. Los gastos se justificarán, una vez aprobados, mediante remisión de las facturas, incluido el envío por correo electrónico, que se considerará requerimiento de pago, y deberán ser abonados en el plazo de cinco días desde la fecha de la notificación. Asimismo, los progenitores abonarán por mitad las actividades extraescolares y los gastos de inicio de curso (libros, material escolar, uniformes, equipación deportiva, etc.). El abono se producirá en la misma proporción señalada anteriormente.

"- Se establece una pensión compensatoria a favor de la madre, Sra. Clemencia de 300 euros, actualizable y a satisfacer dentro de cinco días en la cuenta que designe la madre y durante un período de 3 años a contar desde la fecha de la presente sentencia.

"Sin expresa condena en costas en el presente procedimiento".

7. D.^a Clemencia y D. Rosendo presentaron sendos escritos solicitando la aclaración y/o complemento de la sentencia de primera instancia y que fueron resueltos mediante auto de fecha 17 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"HA LUGAR A aclarar en parte las peticiones de aclaraciones planteadas por la Sra. Magdalena Luengo Simón en representación de D.^a Clemencia y por la procuradora D.^a Antonia Muñoz García en representación de D. Rosendo sobre la sentencia de fecha 25 de junio de 2.018 en el sentido de modificar el fallo y los fundamentos de derechos en el siguiente sentido:

"Las cargas del matrimonio se sufragarán en los porcentajes de un 30 % para D.^a Clemencia y un 70 % para D. Rosendo . Los gastos derivados de las actividades extraescolares y los gastos del curso evidentemente también deberán tener el mismo porcentaje de un 30 % para D.^a Clemencia y un 70 % para D. Rosendo , como se estipula en la sentencia.



"En lo que respecta a las estancias de los menores, si el progenitor que le corresponda no pueda estar personalmente con ellos, se está refiriendo a períodos prolongados o por un mutuo acuerdo o por decisión entre ambos . En lo que atañe a la alusión de gastos de elevada cuantía debe estarse a partir de la cantidad de 200 euros.

"En cuanto a los innumerables escritos, peticiones, y demandas ejecutivas ha de estarse a lo ya concretado en el presente auto".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Rosendo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, que lo tramitó con el número de rollo 39/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 4 de marzo de 2020, con el siguiente fallo:

"Se ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Rosendo , contra la sentencia núm. 283/2018 de fecha 19 de junio, ulteriormente aclarada por Auto de fecha 17 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres, en los autos núm. 286/2017. REVOCANDO PARCIALMENTE la misma.

"Se hacen los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se establece el régimen de **custodia compartida**, en la misma forma y con las mismas condiciones en cuanto al régimen de visitas y comunicaciones en que quedó fijado en el auto de medidas provisionales dictado por el Juzgado con fecha 27 de julio de 2017. Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda común a la madre.

"2.- Se suprime la pensión compensatoria.

"3.- Se establece una pensión alimenticia a cargo del padre de 150 € por cada hijo, mensualmente, actualizables anualmente en enero, según el IPC.

"4.- Las cargas del matrimonio serán satisfechas por mitad. Las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda común, así como los gastos ligados a la misma, IBI y seguro del hogar, serán satisfechas por mitad.

"5.- Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad.

"6.- Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los escolares de inicio del curso.

"7.- Sin costas procesales en ninguna de las dos instancias".

3. D.ª Clemencia presentó dos escritos solicitando aclaración de la anterior sentencia que fueron resueltos mediante auto de fecha 22 de junio de 2020 y cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Procede la Aclaración de la Sentencia núm. 184/2020, de 4 de marzo recaída en esta alzada en el sentido expresado en el fundamento jurídico segundo de esta resolución:

"Se ha de expresar en el apartado ANTECEDENTES DE HECHO TERCERO de la sentencia que el "MF interesó la confirmación de la sentencia" y en el ENCABEZAMIENTO de la misma se ha de hacer constar que la defensa de Clemencia corresponde a la letrada D.ª Clemencia .

"No ha lugar a las alegaciones formuladas por D.ª Clemencia , en el Otrosí Segundo Digo de su escrito de fecha 11 de Marzo de 2020.

"Sin costas procesales".

4. D.ª Clemencia presentó escrito formulando incidente de nulidad de actuaciones que fue inadmitido por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres mediante auto de fecha 16 de septiembre de 2020 y sobre el cual, la parte solicitó aclaración del mismo que fue denegada por auto de 2 de octubre de 2020.

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. D.ª Clemencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 1 y 218 LEC y del artículo 24 CE por falta de motivación de la sentencia y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba. Indefensión. Todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.



"Segundo.- Vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española. Error notorio o patente en la valoración de la prueba, al modificar el sistema de **custodia** monoparental a favor de la madre establecido en primera instancia. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º LEC.

"Tercero.- Infracción del artículo 348 de la LEC, denunciando la errónea valoración de los informes psicosociales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3.º LEC.

"Cuarto.- infracción del artículo 326.1 y 2 de la LEC, denunciando la errónea valoración de la prueba documental y del informe del Ministerio Fiscal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º LEC.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero. Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"Segundo.- Infracción del artículo 92 del Código Civil y vulneración del principio de favor filii, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero. Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por doña Clemencia contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2020, aclarada por auto de 22 de junio de 2020, por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 39/2020, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 286/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cáceres"

3. Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 14 de septiembre de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de octubre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por lo que interesa a efectos del presente recurso son antecedentes necesarios los siguientes.

1. En el proceso de divorcio seguido entre las partes, la sentencia de 19 de junio de 2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Cáceres atribuyó la guarda y **custodia** de los hijos comunes (Graciela , nacida el NUM001 de 2010, y Jose Enrique , nacido el NUM002 de 2012) a la madre, D.ª Clemencia . La sentencia, además, fijó una pensión por alimentos de 400 euros mensuales a cargo del padre y a favor de cada uno de los hijos menores; atribuyó el uso del domicilio común a los hijos y la madre; fijó la contribución de los gastos extraordinarios en un 30% por la madre y un 70% por el padre; y reconoció a la ex esposa una pensión compensatoria de 300 euros por un periodo de tres años a partir de la sentencia.

Para descartar la **custodia compartida** que había establecido el auto de medidas provisionales, el juzgado tuvo en cuenta el extremo antagonismo entre los progenitores detectado en el informe psicosocial y apreciado por la propia juzgadora en todos los escritos, alegaciones, denuncias y actuaciones realizados por ambos en cada procedimiento civil o penal seguidos entre las partes, lo que consideró que, además de dificultar el establecimiento/mantenimiento de la **custodia compartida**, tendría repercusiones negativas para los niños. El juzgado tuvo en cuenta para atribuir la **custodia** a la madre su mayor disponibilidad, en atención a su actividad laboral, frente a la actividad laboral del padre, para atender, cuidar a los niños y proporcionarles una vida más organizada, lo que consideró relevante en función de su edad.

2. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, por sentencia de 4 de marzo de 2020, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el padre, D. Rosendo , y establece un régimen de guarda y **custodia compartida**. En la sentencia, se adjudica a la madre el uso y disfrute de la vivienda común, se establece a cargo del padre una pensión por cada hijo de 150 euros mensuales, se establece que las cargas del matrimonio serán satisfechas por mitad y los gastos extraordinarios de los hijos se abonarán por mitad, teniendo esta consideración los gastos de inicio del curso. Además, se suprime la pensión compensatoria.

Por lo que ahora interesa, la Audiencia razona el cambio de la guarda y **custodia** en los fundamentos de derecho segundo y tercero de su sentencia afirmando que no consta que el sistema establecido en el auto de medidas provisionales y que duró once meses hubiera fracasado o perjudicado a los niños, por lo que más bien lo que les perjudicaría sería la **custodia** monoparental establecida en la sentencia del juzgado, por el trastorno de las rutinas ya adquiridas durante ese tiempo. Razonó que, según el informe del equipo técnico, la relación con los dos progenitores está instaurada y consolidada, los dos se configuran como referentes afectivos básicos de estabilidad y seguridad de los menores, con una vinculación estrecha con sus progenitores, y que existe un mapa de relaciones materno y paterno filiales consolidados a un nivel normalizado. Si es así, razona la Audiencia, y la **compartida** es la forma de **custodia** más ventajosa para los menores y la que permite la relación adecuada con cada uno de los progenitores de forma constante, en el caso no hay obstáculo para la **custodia compartida**, pues no son obstáculos absolutos la conflictividad ni la mera limitación de disponibilidad de tiempo del padre, que contaba apoyos familiares para la guarda.

SEGUNDO.- D.^a Clemencia interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal contiene cuatro motivos. Los tres primeros denuncian falta de motivación y error en la valoración de la prueba respecto de la decisión de **custodia compartida** y el cuarto motivo alega error en la valoración de la prueba respecto de la **custodia**, la supresión de la pensión compensatoria, el pago de cargas y gastos extraordinarios y la pensión de alimentos.

2. El recurso de casación consta de dos motivos en los que se impugna exclusivamente la adopción del sistema de **custodia compartida** por entender que en el caso no es beneficiosa para los hijos.

3. En el suplico del recurso, la recurrente solicita en primer lugar que se estime el recurso de casación (apartado 1.º), que se case la sentencia recurrida y se deje sin efecto la **custodia compartida** y las medidas que le son inherentes en cuanto a la cuantía de los alimentos, régimen de comunicaciones y estancias y gastos, manteniendo la sentencia del juzgado en cuanto establece la **custodia** a favor de la madre, con las medidas acordadas o, subsidiariamente, remitiendo al juzgado para que determine la fijación de estas medidas (apartado 2.º). Solicita que se mantenga la pensión compensatoria y el porcentaje fijado en primera instancia respecto de las cargas, gastos extraescolares y gastos de inicio del curso, si bien sobre estas cuestiones no se plantea recurso de casación (apartado 3.º). Añade un apartado 4.º en el que, "de forma principal o subsidiaria, para el caso de no apreciar el recurso de casación anterior, se estime el recurso extraordinario por infracción procesal, acordando anular la sentencia recurrida y, recuperando la instancia, confirme la sentencia 286/2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 5 de los de Cáceres de fecha 19 de junio de 2018, con todos los pronunciamientos inherentes favorables para esta parte".

4. El ministerio fiscal apoya los motivos de casación e impugna los de infracción procesal. Además pone de relieve las contradicciones e incoherencias y deficiente redacción del suplico.

5. En efecto, en el apartado 4.º del suplico, sin la debida claridad, la recurrente alude a la subsidiariedad del recurso por infracción procesal (aunque también dice que se estime "de manera principal"), lo que podría entenderse como petición de que se case la sentencia en su pronunciamiento sobre la **custodia** y ello en principio podría parecer que haría innecesario entrar en el recurso por infracción procesal. Sin embargo, procede, como ordena la disp. final 16.ª 6.ª LEC, que entremos en primer lugar en el análisis del recurso por infracción procesal lo que en el caso, además, viene requerido porque, de una parte, en el mismo suplico, previamente, en el apartado 3.º, se ha solicitado la estimación de cuestiones que no han sido planteadas en el recurso de casación y que no siempre están subordinadas a la estimación de este recurso y, de otra parte, de manera confusa, en el mismo apartado 4.º del suplico lo que se solicita literalmente es que se estime el recurso por infracción procesal "de forma principal" o "subsidiaria, para el caso de no apreciar el recurso de casación".

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El primer motivo, al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción de las normas procesales contenidas en los arts. 1 y 218 LEC, generadora de indefensión (art. 24.1 CE), por falta de motivación. Razona que no se han tenido en cuenta las sentencias condenatorias de D. Rosendo por los delitos de violencia de género, maltrato y por un delito leve de vejaciones injustas.

El motivo debe ser desestimado por lo que decimos a continuación.

Por lo que ahora interesa, y a efectos de resolver el presente recurso, debemos observar que la sentencia de la Audiencia explica las razones por las que aprecia la necesidad de establecer la guarda y **custodia compartida**, tal como hemos resumido en el primer fundamento de derecho de esta sentencia. En el auto de inadmisión a trámite del incidente de nulidad presentado por la demandante, la Audiencia razonó que las sentencias penales no constaban en el procedimiento, que tampoco fueron propuestas como prueba en segunda instancia, de ahí la razón de que no pudiera tenerlas en cuenta, y que tampoco se presentó con el escrito de impugnación del



recurso de apelación ni se propuso como prueba la aportación del auto de apertura de juicio oral en el proceso penal. También explicó que la razón por la que el ministerio fiscal se opuso a la **custodia compartida** en su escrito de impugnación a la apelación fue la existencia de muchas obligaciones laborales del padre, a lo que se dio respuesta en la sentencia, pero no hizo ninguna mención a la condena de violencia, por lo que no concurría ninguna causa de nulidad de la sentencia de las previstas en la ley.

Como observa ahora el fiscal en su impugnación de este motivo, la ausencia de valoración de un dato determinante que puede afectar al contenido de la resolución que se deba adoptar solo indirectamente podría dar lugar a la estimación del motivo del recurso por infracción procesal, pues hay motivación cuando la sentencia permite conocer las razones de su decisión. A ello debe añadirse, de acuerdo con el fiscal, que, puesto que en el recurso de casación es donde se plantea correctamente la misma cuestión desde el punto de vista sustantivo del interés de los menores, será al resolver el mencionado recurso donde podremos valorar las sentencias condenatorias del padre que se aportan.

CUARTO.- El segundo motivo, por vía del art. 469.1 4.º LEC, alega error en la valoración de la prueba en relación con el art. 24.1 CE, al no valorar o ignorar las sentencias condenatorias en el ámbito penal recaídas en el recurrido.

El motivo, con escaso desarrollo, tiene la misma finalidad que el anterior, por tanto nos remitimos a lo ya expuesto al resolverlo.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso por infracción procesal se sustenta en el art. 348 LEC por errónea valoración de los informes psicosociales, al amparo del art. 469.1.3º LEC.

El motivo basa la denuncia del error en la valoración de la prueba en que, según dice, la hija afirmó ante los peritos, y así se recoge en el informe, que quería convivir con la madre, lo que no es tenido en cuenta en la sentencia de apelación.

El motivo, así planteado, debe ser desestimado.

El error en la valoración de la prueba que excepcionalmente puede ser revisado en el recurso por infracción procesal debe ser un error fáctico y de carácter patente, manifiesto, evidente o notorio, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales. Como sintetiza la sentencia 141/2021, de 15 de marzo, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

Es también jurisprudencia reiterada que no cabe plantear mediante el recurso extraordinario por infracción procesal cuestiones referidas no a la valoración fáctica sino a las consecuencias jurídicas que deriven de los hechos probados, pues la apreciación de estas consecuencias entraña una valoración jurídica solo susceptible de ser examinada en casación (sentencia 199/2021, de 12 de abril, con cita de las sentencias 61/2021, de 8 de febrero, 43/2021, de 2 de febrero, 330/2020, de 22 de junio, y 325/2020, de 22 de junio). Como recuerda la sentencia 199/2021, de 12 de abril, tales exigencias excluyen la posibilidad de que mediante un recurso extraordinario por infracción procesal se pueda revisar la valoración conjunta de la prueba.

La aplicación de la anterior doctrina excluye que pueda apreciarse un error patente en la valoración de la prueba.

En el caso no se observa error en la valoración del informe, sino que en la valoración conjunta de toda la prueba, la Audiencia toma en cuenta aquellos aspectos del informe de los que, a su juicio, resulta que el mejor sistema de guarda de los menores es el de **custodia compartida** (la aptitud de ambos progenitores para ocuparse de los menores, que la relación de los menores con sus progenitores está instaurada y consolidada) y lo pone en relación con otras pruebas, razonando que no está probado que el cambio de guarda y **custodia** haya fracasado o haya perjudicado a los menores.

SEXTO.- El cuarto motivo, al amparo del art. 469.1.3º LEC, denuncia la infracción del art. 326.1 y 2 LEC, por error en la valoración de la prueba documental y del informe del fiscal.

El motivo no puede ser estimado, pues adolece de manifiestos defectos de técnica. En efecto, de una parte, aparece estructurado en varios apartados referidos a cuestiones heterogéneas que, en su caso, deberían plantearse de manera independiente. Además, plantea cuestiones sustantivas de valoración jurídica y no errores de valoración de la prueba denunciados en el recurso por infracción procesal, de acuerdo con la



jurisprudencia sintetizada en el anterior fundamento de esta sentencia. Y, como se dirá, denuncia infracciones que no van acompañadas del correspondiente recurso de casación.

Con carácter general hay que poner de manifiesto, como observa en sus alegaciones el propio ministerio fiscal, que los informes del fiscal recogen una opinión jurídica, que sin duda es valiosa, pero no se trata de documentos que deban ser valorados como una prueba. Por ello dejamos de lado las referencias que se hacen en el motivo a la falta de valoración de esos informes por parte de la sentencia recurrida.

Como ha quedado dicho, el motivo se divide en varios apartados o submotivos.

El primer submotivo vuelve a incidir en la guarda y **custodia compartida** y aduce que el informe del fiscal, que vela por los menores, se inclinó por la **custodia** de la madre, lo que no se reflejó en la sentencia. Así planteado, y por lo ya expuesto, este razonamiento no muestra error en la valoración de la prueba.

El segundo submotivo alega error en la valoración de la prueba sobre la supresión que se hace de la pensión compensatoria a favor de la madre. Debemos observar que la recurrente no ha interpuesto un motivo de casación respecto de la pensión compensatoria, de modo que, de acuerdo con lo dispuesto en la disp. final 16.ª 1.5.ª LEC, el motivo de infracción procesal, aunque se hubiera interpuesto de modo autónomo, debería ser inadmitido y, ahora, desestimado. Por lo demás, cumple observar, como dice el fiscal en cuanto a esta cuestión, que no existe tal error, dado que en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de apelación se expone de manera razonada la causa de supresión de la pensión compensatoria y la valoración de los documentos al respecto sobre incidencia de los ingresos de la recurrente, ya que se justifica que ha ejercido su profesión de abogada durante el matrimonio y no ha tenido que dejar su actividad laboral por tal causa.

El tercer submotivo alega error en la valoración de la prueba y vuelve a incidir en aspectos jurídicos sustantivos, propios del recurso de casación, ahora acerca del pago de las cargas del matrimonio, el porcentaje de los gastos extraordinarios que debe abonar en favor de los hijos cada progenitor. A lo dicho en el párrafo anterior añadimos, también de acuerdo con el criterio del ministerio fiscal, que en los razonamientos de la Audiencia contenidos en los fundamentos sexto y octavo de su sentencia no se aprecia un error en la valoración de los documentos.

Finalmente, el cuarto submotivo discute por la misma vía y por la misma causa que los anteriores el importe de la pensión por alimentos establecida en 150 euros mensuales y solicita 200 por mes y para cada menor. No se denuncia por tanto un error en la valoración de la prueba en el sentido exigido en la regulación e interpretación por esta sala del recurso por infracción procesal. Ello con independencia de que, incluso en casación, es doctrina reiterada de esta sala que la revisión del juicio de proporcionalidad de los alimentos debidos a los hijos menores entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión no puede ser objeto del recurso de casación, salvo clara vulneración del juicio de proporcionalidad (sentencias 165/2014, de 28 de marzo, y 740/2014, de 16 de diciembre).

Con todo, debemos anticipar que, como vamos a estimar el recurso de casación y en consecuencia procede la vuelta a la guarda y **custodia** de la madre, la pensión por alimentos será la establecida cuando se acordó este régimen que consta en la sentencia de primera instancia.

Recurso de casación

SÉPTIMO.- Se interponen dos motivos de casación por la vía el art. 477.2.3º LEC. En ambos se denuncia infracción del art. 97.2 CC y se invoca el interés casacional por resultar la sentencia de la Audiencia contraria a la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal por no resolver en interés de los menores. Se fundan en que el interés de los menores es contrario a la guarda y **custodia compartida** que se acuerda en la sentencia de apelación porque existe una conflictividad entre los progenitores que la impide, conflictividad que queda manifestada en las sentencias condenatorias del padre.

Los dos motivos plantean la misma cuestión y van a ser estimados de acuerdo con las siguientes consideraciones.

1. El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020, FJ 3, y 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, entre las más recientes).

Dado el carácter de principio general, de "cláusula general" y "principio jurídico indeterminado" que puede atribuirse a la protección del interés del menor es preciso llenar su contenido. En cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias. El art.



2 LOPJM recoge algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. En particular, el art. 2.2.c) LOPJM menciona "la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia".

Es reiterada la doctrina de la sala en el sentido de que, si bien en abstracto la **custodia compartida** es un sistema beneficioso para los menores, la medida que en cada caso se adopte sobre la guarda y **custodia** debe estar fundada en el interés del concreto menor. Así lo recalca el art. 92 CC, modificado por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

En palabras de la sentencia 215/2019, de 5 abril:

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

La existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia no justifica *per se* que se desautorice el sistema de **custodia compartida**. Pero la **custodia compartida** conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura efectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero; y 318/2020, de 17 de junio).

El interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor (sentencia 318/2020, de 17 de junio). Como dice en su informe el fiscal, la falta absoluta de entendimiento entre los padres es un factor de riesgo que llega a su máxima expresión cuando uno de ellos es condenado por delitos contra el otro cónyuge de los que se citan en el art. 92.7 CC.

El art. 92.7 CC dispone:

"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género" (este último inciso "de género" ha sido añadido por la disp. final 2ª de la LO 8/2021, de 4 de junio).

La sala, en aplicación de este precepto, ha rechazado la procedencia de **custodia compartida** en las sentencias 350/2016, de 26 de mayo (que tiene en cuenta el auto de incoación de procedimiento abreviado y la influencia de los hechos enjuiciados en las condiciones en que debe ejercerse la **custodia**); 23/2017, de 17 de enero (que tiene en cuenta que la condena por amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de comunicación, impide la posibilidad de diálogo); 175/2021, de 29 de marzo (que tiene en cuenta la condena por maltrato y el mal pronóstico en la forma en que los padres deben coordinarse para el cuidado de los hijos); y 31/2021, de 31 de mayo (que aprecia los indicios de criminalidad que resultan del auto de un juzgado de violencia y que son incompatibles con una relación razonable que permita el intercambio fluido de información y consenso exigidos por la jurisprudencia para adoptar la **custodia compartida**).

2. En atención a lo anterior, el recurso de casación debe ser estimado.

En el supuesto que juzgamos se dictó por el Juzgado de lo Penal de Cáceres el 17 de julio de 2019 una sentencia condenatoria de D. Rosendo por un delito de violencia de género, maltrato, del art. 153.1 y 3 CP cualificado por producirse en el domicilio común (por el que se le impone pena de prisión de nueve meses y un día, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros a D.ª Clemencia, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicar con ella por ningún medio, por dos años), y por un delito leve continuado de vejaciones injustas del



art. 173.4 CP (por el que se le condena a 20 días de localización permanente en domicilio diferente y alejado de D.^a Clemencia y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros, así como de comunicar con ella por ningún medio por seis meses menos un día). Esta resolución fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, sentencia nº 37/2020, de 3 de febrero, que recoge como relato de hechos probados:

"1.- Que el día 13 de julio de 2016 tuvo lugar entre el acusado Rosendo , mayor de edad y carente de antecedentes penales y su entonces esposa D.^a Clemencia , en el domicilio común sito en la calle AVENIDA000 nº NUM000 de DIRECCION000 , una discusión en el transcurso de la cual el acusado zarandó a su esposa, agarrándola por los brazos y la empujó, sin que conste que le causara lesión, mientras le decía "estás loca".

"2.- Que el acusado envió durante el verano de 2017 a través de su teléfono móvil diversos mensajes a la Sra. Clemencia con el siguiente contenido: "sinvergüenza, miserable, eres lo peor, eres una sinvergüenza y lo vas a ser toda la vida, patética"

No hay constancia de otras condenas ni denuncias y los hechos sucedieron en 2016 y 2017, lo que lleva a la sentencia n.º 37/2020, de 3 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, en el procedimiento abreviado seguido por violencia, a declarar -a otros efectos- que, dado que los hechos enjuiciados sucedieron hace años, puede mantenerse una previsión de bajo riesgo.

Con todo, la sentencia condenatoria aportada muestra la falta de actitud del padre para cooperar y respetar a la madre.

Ante estos hechos y su consiguiente condena, la **custodia compartida** no es el sistema más óptimo para los menores, a cuyo interés y necesidades debemos atender de manera primordial al adoptar el régimen de guarda. La **custodia compartida** no es un mero reparto del tiempo de convivencia de los niños o adolescentes con cada uno de los progenitores, sino un sistema de guarda que requiere una cooperación entre ambos, una implicación mutua en el compromiso de la crianza y el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura como pareja de los padres.

En el presente caso no es conveniente adoptar el sistema de **custodia compartida** pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida exclusivamente en cuanto adoptó la **custodia compartida** y procede confirmar lo resuelto en la sentencia de primera instancia por lo que se refiere a la guarda y **custodia** en favor de la madre y la pensión alimenticia que fijó a cargo del padre y a favor de los hijos, en atención a que la guarda se atribuye exclusivamente a la madre. También se confirma, como se solicita, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.4 CC último inciso, el régimen de estancias y visitas del padre fijadas en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los hijos que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido, como ya hemos dicho, hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de apelación (respecto de la pensión compensatoria, cargas del matrimonio y gastos extraordinarios), de acuerdo con lo interesado por el ministerio fiscal y con lo razonado en esta sentencia.

OCTAVO. La desestimación del recurso por infracción procesal determina que se impongan las costas de este recurso a la recurrente.

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

Se mantiene la no imposición de costas de las instancias.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Clemencia contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2020, aclarada por auto de 22 de junio de 2020, por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), en el rollo de apelación



n.º 39/2020, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 286/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cáceres.

2.º- Casar y anular la mencionada sentencia en el único sentido de dejar sin efecto la **custodia compartida** y, en su lugar, confirmar el sistema de guarda y **custodia** en favor de la madre, la pensión alimenticia a cargo del padre y el régimen de estancias, visitas y comunicaciones establecidas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cáceres.

3.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso por infracción procesal y no imponer las costas de casación ni las de las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ