



Roj: **STS 3615/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3615**

Id Cendoj: **28079110012019100577**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2019**

Nº de Recurso: **1543/2019**

Nº de Resolución: **598/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TO 1054/2018,**
STS 3615/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 598/2019

Fecha de sentencia: 07/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1543/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/10/2019

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO. SECCIÓN 2.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1543/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 598/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 7 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Salvadora , representada por la procuradora D.^a Elsa Blanco González y bajo la dirección letrada de D.^a Silvia Blanco González, contra la sentencia n.º 348/2018 dictada en fecha 3 de diciembre por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación n.º 302/2018 dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 10/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo. Ha sido parte recurrida D. Jose Ignacio , representado por la procuradora D.^a Belén Basarán Conde y bajo la dirección letrada de D. José María de Castro Llorente. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Salvadora interpuso demanda contenciosa de divorcio contra D. Jose Ignacio en la que solicitaba se dictara sentencia concediendo:

"...el divorcio del citado matrimonio, con todos los efectos inherentes al mismo, y la adopción de las siguientes medidas, con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiera a ello, junto con todo lo demás que proceda en derecho:

"1.^a- Atribuir a D.^a Adolfinia y D. Jose Ignacio , la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio.

"2.^a- En cuanto a la patria potestad sobre los hijos común, deberá ser ostentada por ambos progenitores.

"3.^a- Fijar el siguiente régimen de comunicación y estancia de los hijos habidos en el matrimonio entre éste y el progenitor no custodio, consistente en:

"- un día a la semana: el miércoles, desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas.

"- Vacaciones: las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, del 22 al 31 de diciembre, de la salida del colegio, la recogida, a las 11 horas el día de la entrega, y desde entonces hasta el 9 de enero, que se deberán dejar los niños en el colegio, alternando anualmente, eligiendo los años pares el padre, y los impares la madre. El día 6 de enero, Reyes, los hijos estarán en compañía del progenitor no custodio desde las 11:00 horas hasta las 19:30 horas.

"Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad y las de verano (julio y agosto), cada 15 días, y alternando anualmente, eligiendo los años pares el padre, y los impares la madre.

"La elección de cada periodo de vacaciones deberá comunicarse directamente por el correspondiente progenitor al otro, con una antelación de, al menos, dos meses al de su comienzo, por cualquier medio escrito, incluyendo el correo electrónico, y de manera fehaciente, pues su falta de notificación determinará la pérdida del derecho a elegir para ese concreto periodo, que pasará al otro, pudiendo a su vez notificarlo al progenitor que ha perdido el turno en cualquier momento anterior al inicio del periodo correspondiente.

"La primera semana lectiva inmediatamente posterior a la finalización de cada uno de los periodos de vacaciones, los hijos convivirán con el progenitor con quien no haya estado la segunda parte del periodo de vacaciones correspondiente, recogiendo a la terminación del horario escolar del primer día lectivo posterior las vacaciones hasta el viernes siguiente.

"En las festividades de cumpleaños del padre (6 de septiembre) o la madre (9 de agosto), si no coinciden con estancias con el progenitor celebrante, los hijos podrán estar con éste dos horas, desde la salida del colegio, si coincide con día lectivo, y cuatro horas en horario diurno a elección del celebrante, si coincide con fines de semana o vacaciones.

"El día del cumpleaños de los hijos, se dará igual opción al progenitor con el que no estén conviviendo en ese día como consecuencia de la atribución de la custodia.

"4.^a- Atribuir el uso del domicilio conyugal, del mobiliario y del ajuar que se encuentre en el mismo, del cuarto trastero y de las plazas de garaje, a los hijos habidos en el matrimonio, y a la madre D.^a Salvadora , domicilio en el que permanecerá D.^a Salvadora aún en la semana que D. Jose Ignacio tenga la custodia de los hijos, quienes se desplazarán al domicilio paterno, que en la actualidad se encuentra en la AVENIDA000 n.º NUM000 , NUM001 , portal NUM002 , escalera NUM002 de Toledo, pudiendo retirar del mismo sus objetos personales,



ropas y enseres que aún se encontrasen allí, D. Jose Ignacio , a través de un tercero designado de común acuerdo.

"5.ª.- La inscripción en el Registro de la Propiedad, del uso del domicilio conyugal a favor de mi representada, como ejerciente de la guarda y custodia sobre los hijos comunes, al amparo del art. 1333 del Código Civil.

"6.ª.- Como contribución a cargas del matrimonio y alimentos para los hijos comunes, se propone que D. Jose Ignacio contribuya al alzamiento de las mismas, de conformidad con las siguientes cantidades:

"Para su hijo Luis Andrés , con la suma de 700.-€ al mes

"Para su hijo Ernesto 550.-€, mensuales

"Para su hijo Federico 550.-€, mensuales

"A pagar en la cuenta corriente que designe mi representada, dentro de los 5 primeros días de cada mes. Esta cantidad se irá actualizando conforme al IPC.

"Estas cantidades deberán fijarse con efecto retroactivo, desde la presentación de la demanda.

"7ª.- En concepto de pensión compensatoria, se solicita la cantidad de 1.475.-€, revisables de acuerdo con la variación del IPC publicado el día 1 de enero de cada año, cantidad que deberá transferir a la cuenta que designe la sra. Salvadora , dentro de los 5 días de cada mes.

"Esta cantidad deberá fijarse con efecto retroactivo, desde la presentación de la demanda".

2.- La demanda fue presentada el 31 de enero de 2017 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo y fue registrada con el n.º 10/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Jose Ignacio presentó ante el mismo Juzgado, demanda de divorcio frente a D.ª Salvadora , en la que solicitaba que se dictara sentencia:

"...estimatoria de mis pretensiones en la que se declare el divorcio del matrimonio formado entre los cónyuges aquí litigantes por la causa invocada, condenando al demandado al pago de las costas procesales en caso de oponerse a nuestra pretensión, y acuerde las siguientes medidas:

"1. Que se declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por mi representado y la demandada.

"2. Que se atribuya el uso y disfrute de la que hasta la fecha ha sido el domicilio conyugal al esposo sita en la CALLE000 n.º NUM003 , piso NUM000 , NUM004 . de Toledo.

"3. Que se declare la patria potestad de los menores de forma compartida para ambos cónyuges, y se atribuya la guarda y custodia de los menores a mi representado.

"4. Que se establezca, para el caso de desacuerdo entre las partes, el régimen de visitas indicado con anterioridad en el hecho quinto de la presente demandada.

"5. Que se acuerde en concepto de pensión alimenticia, como gastos ordinarios de los hijos, y a fin de atender a sus gastos de alimentos, vestido, habitación y educación, que la madre abonará mensualmente al padre, dentro de la primera semana de cada mes, el importe de CIENTO CINCUENTA (150.00 EUROS MENSUALES POR CADA HIJO (CUATROCIENTOS CINCUENTA -450,00 EUROS MENSUALES, EN TOTAL). Esta cantidad será actualizada conforme al IPC anual, o índice que en su caso lo sustituya. Dicha cantidad será ingresada por el padre en la cuenta corriente que el padre designe.

"Los gastos extraordinarios serán satisfechos por los cónyuges por la mitad. Con el fin de que tanto el padre como la madre puedan seguir la evolución escolar de sus hijos, se autorizará a la madre ante los directores y tutores del centro donde los mismos cursen sus estudios, a fin de que por estos se le informe detalladamente de la evolución escolar de los menores. La madre y el padre procurarán que sus hijos acudan y sigan en forma puntual y precisa sus obligaciones escolares.

"Los gastos extraordinarios se abonarán por ambos progenitores al 50%, entendiéndose por tales los que consistan en gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado concertado o cualquier otro gasto que, no resultando de estricta necesidad, resulte consensuado entre ambos progenitores y los menores. Se considerará en todo caso como gasto extraordinario, el coste de la educación universitaria de los hijos, que deberá ser sufragado al 50% por cada progenitor.

"Los gastos derivados de suministros cada parte abonará los suyos mientras que los gastos comunes derivados de los hijos, hipoteca, IBI y otros derivados de título de propiedad se abonarán al 50%.



"De las dos pensiones a favor del hijo incapacitado judicialmente, la de importe de 551,90 euros será administrada íntegramente por D. Jose Ignacio , y la de 442,59 euros, por D.^a Salvadora .

"6. Que se declare la extinción de la sociedad de gananciales, declarando expresamente como fecha de la separación de hecho el día 7 de septiembre de 2016, acordándose el USO PROVISIONAL del vehículo matrícula DZF a la esposa, y el USO PROVISIONAL del vehículo matrícula RWN al esposo.

4.- Mediante auto de fecha 24 de marzo de 2017 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Toledo, dictó auto declarando la acumulación y unión del segundo de los procedimientos al primero, continuándose en un mismo procedimiento y decidiéndose en una misma sentencia.

5.- El Ministerio Fiscal se persona en las actuaciones y contesta a la demanda.

6.- D. Jose Ignacio contestó a la demanda interpuesta por D.^a Salvadora mediante escrito en el que solicitaba:

"...se dicte sentencia en los términos interesados en nuestra demanda de divorcio, con las medidas definitivas en ella propuestas, añadiendo las siguientes:

"1.- Hasta liquidación de gananciales se ha de atribuir provisionalmente el uso: del vehículo TVR a la sra. Salvadora y atribución del uso vehículo RWN al sr. Jose Ignacio .

"2.- Hasta la liquidación de gananciales se ha de atribuir provisionalmente al sr. Jose Ignacio el garaje sito en la CALLE001 de DIRECCION000 .

"3.- La parte a la que no se le atribuya el uso de la casa de CALLE000 podrá retirar sus objetos personales para lo que dispondrá de 4 horas. Dicha retirada se hará en presencia de los letrados de las partes y, en su caso, de un notario para que relacione lo que se retira. El cónyuge que se le atribuya el uso de la casa de la CALLE000 no estará presente durante esas cuatro horas.

"4.- Mientras se mantenga la custodia compartida se deberá entregar la mitad de toda la ropa de los hijos a cada padre.

"5.- Si se acuerda mantener la custodia compartida, cada lunes se entregarán las tarjetas sanitarias para que pueda usarlas en caso de necesidad en padre con quien están. Lo mismo se hará en vacaciones haya o no custodia compartida.

"6.- Ambos progenitores permitirán en que se obtenga por cualquiera de ellos y se tenga el pasaporte de sus hijos para que estén identificados en cada caso con un documento sin necesidad de trasladarlo a otro progenitor.

"7.- Gastos a abonar por mitad, hasta la venta o liquidación de gananciales: hipoteca, IBI y seguro (mientras se mantenga la hipoteca) de la vivienda de la CALLE000 .

"8.- Gastos extraordinarios que deberán ser abonados por mitad, con independencia del régimen de custodia que se adopte: Academia DIRECCION001 , Asociación DIRECCION002 , APA DIRECCION003 (sic), APA DIRECCION004 , libros y material escolar de Ernesto para el curso 17-18 y siguientes, gastos de matrícula, material escolar y residencia de Federico para el curso 17 y 18 y siguientes.

7.- D.^a Salvadora contestó a la demanda interpuesta por D. Jose Ignacio mediante escrito en el que solicitaba:

"dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda presentada por esta representación y desestimando la presentada por D. Jose Ignacio , se establezcan las siguientes medidas:

"1.^a Atribuir a D.^a Salvadora y D. Jose Ignacio , la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio.

"2.a En cuanto a la patria potestad sobre los hijos común, deberá ser ostentada por ambos progenitores.

"3.^a Fijar el siguiente régimen de comunicación y estancia de los hijos habidos en el matrimonio entre éste y el progenitor no custodio, consistente en:

"- un día a la semana: el miércoles, desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas.

"- Vacaciones: las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, del 22 al 31 de diciembre, de la salida del colegio, la recogida, a las 11 horas el día de la entrega, y desde entonces hasta el 9 de enero, que se deberán dejar los niños en el colegio, alternando anualmente, eligiendo los años pares el padre, y los impares la madre. El día 6 de enero, Reyes, los hijos estarán en compañía del progenitor no custodio desde las 11:00 horas hasta las 19:30 horas.

"- Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad y las de verano (julio y agosto), cada 15 días, y alternando anualmente, eligiendo los años pares el padre, y los impares la madre.



"La elección de cada periodo de vacaciones deberá comunicarse directamente por el correspondiente progenitor al otro, con una antelación de, al menos, dos meses al de su comienzo, por cualquier medio escrito, incluyendo el correo electrónico, y de manera fehaciente, pues su falta de notificación determinará la pérdida del derecho a elegir para ese concreto periodo, que pasará al otro, pudiendo a su vez notificarlo al progenitor que ha perdido el turno en cualquier momento anterior al inicio del periodo correspondiente.

"La primera semana lectiva inmediatamente posterior a la finalización de cada uno de los periodos de vacaciones, los hijos convivirán con el progenitor con quien no haya estado la segunda parte del periodo de vacaciones correspondiente, recogiendo a la terminación del horario escolar del primer día lectivo posterior las vacaciones hasta el viernes siguiente.

"En las festividades de cumpleaños del padre (6 de septiembre) o la madre (9 de agosto), si no coinciden con estancias con el progenitor celebrante, los hijos podrán estar con éste dos horas, desde la salida del colegio, si coincide con día lectivo, y cuatro horas en horario diurno a elección del celebrante, si coincide con fines de semana o vacaciones.

"El día del cumpleaños de los hijos, se dará igual opción al progenitor con el que no estén conviviendo en ese día como consecuencia de la atribución de la custodia.

"4.ª Atribuir el uso del domicilio conyugal, del mobiliario y del ajuar que se encuentre en el mismo, del cuarto trastero y de las plazas de garaje, a los hijos habidos en el matrimonio, y a la madre D.ª Salvadora, domicilio en el que permanecerá D.ª Salvadora aún en la semana que D. Jose Ignacio tenga la custodia de los hijos, quienes se desplazarán al domicilio paterno, que en la actualidad se encuentra en la AVENIDA000 n.º NUM000, NUM001, portal NUM002, escalera NUM002 de Toledo, pudiendo retirar del mismo sus objetos personales, ropas y enseres que aún se encontrasen allí, D. Jose Ignacio, a través de un tercero designado de común acuerdo.

"5.ª La inscripción en el Registro de la Propiedad, del uso del domicilio conyugal a favor de mi representada, como ejerciente de la guarda y custodia sobre los hijos comunes, al amparo del art. 1333 del Código Civil.

"6.ª Como contribución a cargas del matrimonio y alimentos para los hijos comunes, se propone que D. Jose Ignacio contribuya al alzamiento de las mismas, de conformidad con las siguientes cantidades:

"Para su hijo Luis Andrés, con la suma de 700.-€ al mes,

"Para su hijo Ernesto 550.-€, mensuales

"Para su hijo Federico 550.-€, mensuales

"a pagar en la cuenta corriente que designe mi representada, dentro de los 5 primeros días de cada mes. Esta cantidad se irá actualizando conforme al IPC.

"Estas cantidades deberán fijarse con efecto retroactivo, desde la presentación de la demanda.

"7.ª En concepto de pensión compensatoria, se solicita la cantidad de 1.475.-€, revisables de acuerdo con la variación del IPC publicado el día 1 de enero de cada año, cantidad que deberá transferir a la cuenta que designe la sra. Salvadora, dentro de los 5 días de cada mes.

"Esta cantidad deberá fijarse con efecto retroactivo, desde la presentación de la demanda".

8.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo dictó sentencia de fecha 15 de marzo de 2018, con el siguiente fallo:

"ESTIMAR PARCIALMENTE las demandas de divorcio formuladas por D.ª Salvadora y D. Jose Ignacio, con los siguientes pronunciamientos:

"Se declara disuelto por divorcio el matrimonio contraído por ambos el 25 de enero de 1992 en Toledo, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

"La titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre Luis Andrés y Ernesto será compartida por ambos progenitores.

"La guarda y custodia de Luis Andrés y Ernesto se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores en periodos semanales alternos. El periodo semanal empezará los lunes desde la hora de salida del colegio hasta, el siguiente lunes que el progenitor custodio deberá llevar a los hijos al colegio. La semana que D.ª Salvadora tenga la custodia de los hijos se mantendrán en el domicilio familiar sito en la CALLE000 número NUM003, NUM000 NUM004, de Toledo; la semana que D. Jose Ignacio tenga la custodia de los hijos éstos se desplazarán al domicilio paterno, y que según contrato de arrendamiento aportado el día de la vista, en la actualidad se halla sito en CALLE002 n.º NUM005, URBANIZACION000 (Toledo).



"Se establece un día de visita intersemanal respecto a los dos hijos fijándose en el día miércoles desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas.

"A propósito de los periodos vacacionales:

"Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: el primero, D. Jose Ignacio tendrá a los hijos en su compañía desde el día 22 de diciembre a la hora de salida del colegio hasta el día 31 de diciembre a las 11:00 horas; y el segundo, D.^a Salvadora tendrá a los hijos en su compañía desde el día 31 de diciembre a las 11:00 horas hasta el día 9 de enero que deberá llevar a los hijos al colegio. El día 6 de enero, Reyes, los hijos estarán en compañía del padre desde las 11:00 horas hasta las 19:30 horas.

"Dichos períodos pueden ser alternados, en los términos, que convengan las partes, y en defecto de acuerdo, el padre podrá elegir período los años pares y la madre los impares.

"Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad correspondiendo la elección, en caso de falta de acuerdo, en los años impares a D.^a Salvadora y en los años pares a D. Jose Ignacio .

"Las vacaciones de verano (julio y agosto) se dividirán por quincenas alternas correspondiendo la elección, en defecto de acuerdo, en los años impares a D.^a Salvadora y en los años pares a D. Jose Ignacio .

"Cada lunes se entregarán las tarjetas sanitarias al progenitor que corresponda ejercer la custodia semanal. Lo propio se hará en vacaciones.

"Ambos progenitores permitirán que se obtenga por cualquiera de ellos, y se tenga, el pasaporte de sus hijos para que estén identificados en cada caso con un documento, sin necesidad de trasladarlo al otro progenitor.

"En cuanto al hijo común, Federico , que ha alcanzado la mayoría de edad en el transcurso de este proceso judicial, no ha lugar a fijar régimen de visitas.

"Pensión alimenticia:

" Ernesto ; el padre deberá satisfacer 333,33 euros en concepto de pensión de alimentos a D.^a Salvadora , dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la sra. Salvadora , y que se actualizará anualmente conforme al IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que legalmente lo sustituya.

" Luis Andrés ; D. Jose Ignacio debe satisfacer a D.^a Salvadora la cantidad de 333,33 euros mensuales, así como quedar la madre como administradora única de la cantidad que percibe Luis Andrés de DIRECCION005 , para afrontar sus mayores gastos, incluido el seguro médico privado.

"La pensión de alimentos de Luis Andrés deberá ser satisfecha dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe D.^a Salvadora , y se actualizará anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

" Federico ; la totalidad de los gastos de dicho hijo, por hallarse cursando estudios universitarios en Salamanca, deben ser estimados extraordinarios y satisfechos por los cónyuges por mitad.

"Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad, tales como gastos médicos no cubiertos por seguros médicos o Seguridad Social, odontológicos, gastos ópticos, clases extraescolares que puedan acordarse de común acuerdo por ambos padres, o cualesquiera otros que no se hayan previsto y no sean ordinarios.

"Pensión compensatoria, se reconoce a D.^a Salvadora el derecho a percibir 200 euros mensuales, que se extenderá durante un período de dos años, a contar desde la presente resolución, y que deberán ser ingresados por D. Jose Ignacio en la cuenta que la sra. Salvadora designe, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizarán anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

"El uso y disfrute del domicilio familiar, plazas garaje y trastero, sito en CALLE000 n° NUM003 de Toledo, y ajuar doméstico en él existente, se atribuye a los hijos y D.^a Salvadora .

"Debe afrontarse el pago de la hipoteca, así como de los gastos inherentes a la titularidad dominical de la que fue vivienda conyugal por mitad entre ambos cónyuges.

"D. Jose Ignacio podrá retirar de dicho domicilio los objetos personales, ropas y enseres que aún se encontrasen allí, para lo cual las partes deberán de señalar un día y número de horas que se estimen prudentes. Dicha retirada se hará, en caso de que así se acuerde, en presencia de letrados y/o notario.

"Uso provisional del vehículo SAAB matrícula DZF :

"Se atribuye a la sra. Salvadora hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

"Uso provisional del vehículo SAAB matrícula RWN :



"Se atribuye al sr. Jose Ignacio , hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

"Uso provisional del garaje sito en CALLE001 de DIRECCION000 :

"Hasta la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a D. Jose Ignacio .

"No procede hacer especial pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Salvadora .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Toledo, que lo tramitó con el número de rollo 302/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 3 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Que ESTIMANDO en parte el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D.^a Salvadora , debemos REVOCAR Y REVOCAMOS en parte la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Toledo, con fecha 15 de marzo de 2018, en el procedimiento n.º 10/2017, de que dimana este rollo, y en su lugar y manteniendo los pronunciamientos relativos al régimen de custodia y alimentos, entender que el hijo mayor de edad sin capacidad económica, está sujeto a régimen de alimentos limitados al art. 142 Código Civil y por tanto su carácter ordinario, desestimando la pretensión de D.^a Salvadora de que se establezca a su favor y en concepto de alimentos cantidad alguna dado que los gastos de colegio mayor y mayoritariamente la matrícula vienen asumidos por el padre, y que sólo viene en puentes, residiendo habitualmente en Salamanca y sólo en vacaciones pasará la mitad del tiempo por cada progenitor debiendo asumir los gastos derivados de tenerlo en su compañía por la descompensación que existe en cuanto a su mantenimiento por ambos progenitores; en cuanto a los gastos extraordinarios deberán asumirse por mitad, desestimándose la pretensión ejercitada en cuanto al domicilio familiar, atribución de la plaza de garaje de DIRECCION000 , e incremento de la pensión alimentaria por los otros dos hijos; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso".

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

1.- D.^a Salvadora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, siendo el precepto infringido el artículo 218 LEC.

"Segundo.- Al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, siendo el precepto infringido el artículo 218 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Se interpone recurso de amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, puesto que la resolución del recurso presenta interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"La sentencia recurrida constituye una infracción del artículo 97 CC.

"Segundo.- Se interpone recurso al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, puesto que la resolución del recurso presenta interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"La sentencia recurrida constituye una infracción del artículo 91 CC".

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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Salvadora , contra la sentencia dictada, con fecha 3 de diciembre de 2018, dimanante del juicio de divorcio contencioso n.º 10/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.



4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 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 30 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

5.- D.^a Salvadora presentó escrito de fecha 23 de septiembre de 2019 por el que, al amparo del artículo 286 LEC, alegó poner en conocimiento del tribunal un hecho nuevo de relevancia para la decisión del pleito. A la vista de las manifestaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, mediante providencia de 15 de octubre de 2019 se acordó que, si procediese para resolver sobre el fondo del asunto, se valoraría en la votación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

1.- Seguido proceso de divorcio, el juzgado dictó sentencia en la que, tras declarar disuelto por divorcio el matrimonio entre D.^a Salvadora y D. Jose Ignacio , por lo que aquí interesa, acordó:

"La guarda y custodia de Luis Andrés y Ernesto se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores en periodos semanales alternos. (...)

"Pensión compensatoria, se reconoce a D.^a Salvadora el derecho a percibir 200 euros mensuales, que se extenderá durante un período de dos años, a contar desde la presente resolución (...).

"El uso y disfrute del domicilio familiar, plazas garaje y trastero, sito en CALLE000 n° NUM003 de Toledo, y ajuar doméstico en él existente, se atribuye a los hijos y D.^a Salvadora . (...)

"Uso provisional del garaje sito en CALLE001 de DIRECCION000 : Hasta la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a D. Jose Ignacio ".

Respecto de estas cuestiones razonó el juzgado:

"Quinto. Uso vivienda familiar, sita en CALLE000 n° NUM003 , NUM000 NUM004 .

"En este caso no se discute por las partes que quede, al menos actualmente, atribuido el uso y disfrute del domicilio que fue familiar, sito en CALLE000 n° NUM003 , NUM000 NUM004 de Toledo, así como el de su trasteros- y plazas de garaje, a Dña. Salvadora , tanto en la semana que es progenitor custodio, como la que no.

"El punto de debate es si dicho uso debe ser limitado.

"La STS, Sala 1.^a, de 24 de octubre de 2014 a este propósito declaraba: "Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden; lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo 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 periodos 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 casos 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, y que no sería posible en el supuesto párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC".

"En este caso el interés más necesitado de protección -dada la falta de ingresos procedentes de trabajo- es el de Dña. Salvadora . Es más, el letrado de D. Jose Ignacio no negó dicha circunstancia, pues interesó que continuare el uso del domicilio de la CALLE000 a favor de la misma.

"Al establecerse un régimen de custodia compartida, siendo el inmueble en cuestión, más sus plazas de garaje y trastero anejos, bien ganancial, lo cierto es que no resulta de aplicación lo prevenido en el párrafo primero del art. 96 del CC, sino lo descrito en sus párrafos 2° y 3°.

"Es necesario, para evitar que se prive del uso del bien ganancial de modo indefinido a D. Jose Ignacio , teniendo en cuenta el sistema de custodia compartida por las partes acogido, que se establezca un límite temporal.

"Esta juzgadora no puede limitarlo a seis meses, tal y como pretendía el Sr. Jose Ignacio , ya que es tiempo muy exiguo para dar oportunidad a la Sra. Santiago de organizar un nuevo hogar. Además, se ha de considerar la



situación. del inmueble, aún sometido a carga hipotecaria, para entender que será más recomendable- esperar un tiempo adicional para lograr cancelar dicha carga, lo cual resultará beneficioso- para ambos cónyuges de cara a una futura enajenación.

"Es por ello, que por la presente resolución se va a fijar, el citado plazo en dos años a contar desde esta sentencia, ya que se estima tiempo suficiente para permitir a la Sra. Santiago rehacer su situación económica, puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos por trabajo, cuenta con apoyo familiar (hermano que satisface personal del hogar); así como patrimonio inmobiliario y cualificación profesional (licenciada en derecho), pudiendo revertir su situación económica mediante el acceso a un trabajo que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura con el Sr. Jose Ignacio .

"Sexto.- Pensión compensatoria (...)

"Aplicada la anterior jurisprudencia, al presente caso, nos encontramos con una esposa que inició estudios universitarios de derecho en 1986 (informe psicosocial), contrayendo matrimonio el 25 de enero de 1992, momento en el que se marchó a vivir con su esposo a La Palma sin concluir la universidad. No es controvertido que se mantiene junto a D. Jose Ignacio en los diversos destinos, así como que no vuelve a retomar la universidad hasta años más tarde, concluyendo sus estudios superiores en 2006, antes de que naciera su tercer hijo, estando dada de alta en el Colegio de, Abogados.

"A lo largo del matrimonio consta ocupación laboral de Dña. Salvadora entre el 20 de septiembre de 2001 y el 3 de enero de 2003, para la empresa de su hermano, DIRECCION006 : Sin embargo, al parecer no se mantuvo trabajando todos esos meses, ya que según declaró D. Severiano la ocupación laboral se produjo hasta marzo-abril de 2002, momento en que Dña. Salvadora abandonó el trabajo; coincidiendo con el fallecimiento. de su progenitor, a pesar de lo cual DIRECCION006 continuó pagado nóminas hasta enero de 2003.

"Así, salvo dicho período, Dña. Salvadora ha invertido la mayor parte de su tiempo en las atenciones familiares, si bien con ayuda de terceros, sobre todo desde el año 2011.

"Ello lleva a esta juzgadora a apreciar que la ruptura matrimonial genera un desequilibrio en perjuicio de Dña. Salvadora , ahora bien, ha de valorarse hasta qué punto.

"Cierto es que con la separación Dña. Salvadora presenta unos ingresos mucho más reducidos que los de D. Jose Ignacio , y que carece de actividad laboral, al haberse dedicado a labores domésticas durante la convivencia-marital. Ahora bien, la esposa es una persona que ha concluido durante el matrimonio estudios superiores, hallándose colegiada, lo cual debe ser apreciado de cara a la búsqueda de actividad laboral. Hay posibilidades reales de incorporación al mercado laboral, ya que como ella misma declaró de modo sincero en entrevistas con psiquiatra (25 julio de 2016), y psicólogo (30 de septiembre de 2016) (oficio remitido por SEscam), la misma tiene oportunidades reales de incorporarse a la empresa de su hermano D. Severiano .

"Es más, su hermano no negó esa posibilidad real, limitándose a manifestar que Dña. Salvadora no sabe idiomas.

"Esta juzgadora por la presente no impone que D. Severiano deba ocupar en su empresa a Dña. Salvadora , sino que se limita a valorar las posibilidades reales de acceso al mercado de la demandante. Y con las manifestaciones de la actora esas posibilidades son reales.

"Mantiene Dña. Salvadora que esas afirmaciones las realizó sin saber lo que decía, así como que no ha encontrado trabajo. Sin embargo, ninguna actividad real ha desplegado a dicho efecto, ya que como ella reconoció en sede judicial, ni siquiera se había dado de alta en el Servicio Público de Empleo. Es más, entendía que dada la situación de su hijo Luis Andrés ella no podía trabajar y cuidar a sus hijos.

"Esta juzgadora no puede compartir dicha afirmación, ya que actualmente el régimen de custodia es compartido, y así va a continuar, por lo que la mitad del tiempo no se halla cuidando ni de Luis Andrés ni de Ernesto . A ello se suma que el otro progenitor compatibiliza las dos actividades trabajo y cuidado de familia, sin que se aprecie en Dña. Salvadora ninguna incapacidad para hacerlo. Al menos sobre este extremo nada acreditó.

"Por tanto, aunque es cierto que la separación genera un desequilibrio, ya que durante la mayor parte del tiempo del matrimonio se mantuvo en casa al cuidado y atención de necesidades familiares, colaborando igualmente en ello el Sr. Jose Ignacio , no es menos cierto que es una persona con formación y con posibilidades de acceso al mercado en los términos arriba expuestos. Por ello, estimo que ha de reconocerse a su favor una pensión compensatoria, pero limitada en el tiempo.



"Se trata de dar a Dña. Salvadora un tiempo prudencial para lograr reequilibrar su situación, accediendo, al mercado laboral, y por ello estimo que el plazo de duración de la pensión compensatoria debe limitarse a dos años.

"El plazo se ha estimado tomando en cuenta que resta algo más de un año de terminar de pagar la hipoteca de la vivienda que fue conyugal, con lo que los gastos de la vivienda que ella disfruta aún son elevados, y que es tiempo más que razonable para que Dña. Salvadora pueda acceder al mercado laboral. Además, está en relación con los dos años que fijan como tope máximo de uso del domicilio que fue común.

"En cuanto a la cuantía, se interesaba un total de 1475 euros al mes. No se especifica el porqué de esa determinación.

"Cierto es que los ingresos de Dña. Salvadora se contraen a los 325 euros declarados por el alquiler de un apartamento en la PLAZA000, y los otros dos arriendos de DIRECCION007, cuyo importe no consta, pero que ha quedado probado que también se perciben por ella. No obstante, presenta capital inmobiliario que no tiene alquilado (un apartamento en PLAZA000), así como fondos y/o depósitos por cuantía superior a 90000 euros. Es decir, no se trata de una esposa que carezca íntegramente de recursos, de ahí que deba ser reducida también en lo que a cuantía se refiere.

"Junto a lo expuesto se debe declarar que la pensión compensatoria reclamada no se atiende a los ingresos y gastos de D. Jose Ignacio.

"Este ha de satisfacer un alquiler de 800 euros por el inmueble sito en CALLE002 (URBANIZACION000, Toledo) (más documental nº 1), así como dos pensiones de alimentos por importe de 333,33 euros cada una, 301 euros mensuales de hipoteca por el inmueble sito en CALLE000, así como los gastos inherentes a su propiedad (seguros e IBI), la mitad de los gastos universitarios de Federico (sólo la mitad de la residencia asciende a 365 euros), los alimentos de Ernesto y Luis Andrés durante tiempo que estén bajo su custodia (y que al menos deben computarse que ascienden a la misma cantidad que se reconoce a Dña. Salvadora), gastos de luz, agua, gas y teléfono de su vivienda, salario y Seguros Sociales de la persona que colabora con él en el cuidado de Luis Andrés, cuando se halla trabajando.

"Sumados todos esos gastos, si se accediera a la petición de Dña. Salvadora, pensión compensatoria de 1475 euros, nos encontraríamos con que prácticamente el sueldo que percibe D. Jose Ignacio se consume. Es decir, es una petición totalmente inviable porque dejaría en la indigencia al otro cónyuge.

"A ello se añade que no se acredita el porqué de esa cuantía. Dña. Salvadora con las pensiones de alimentos de Luis Andrés y Ernesto, así como la de DIRECCION005 de Luis Andrés que se le atribuye íntegramente por la presente resolución, afronta el pago íntegro de los gastos que le generan esos dos hijos. Y con los ingresos por arrendamientos, así como con ahorros, puede afrontar parcialmente el pago de sus alimentos. Restaría una cantidad para hacer frente al resto de sus necesidades básicas y pagos de facturas tales como luz, agua, gas y teléfono, para lograr reequilibrar la situación de desequilibrio que le genera la ruptura matrimonial, de cara a afrontar además la organización de su nueva vida. Se estima que dicha cantidad debe establecerse en 200 euros, toda vez que el nivel de gastos de D. Jose Ignacio, que ha sido analizado anteriormente, le impide afrontar el pago de una pensión compensatoria superior.

"Por tanto, y como pensión compensatoria se reconoce a Dña. Salvadora el derecho a percibir 200 euros mensuales; a contar desde la presente resolución.

"Séptimo. Cargas familiares

"(...)

"Uso provisional del garaje sito en CALLE001 de DIRECCION000. Al atribuirse las dos plazas de garaje de la CALLE000 a Dña. Salvadora. La plaza de la CALLE001 de DIRECCION000, y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, se atribuye a D. Jose Ignacio".

2.- D.ª Salvadora recurrió en apelación la sentencia. Por lo que aquí interesa alegó: respecto de la pensión compensatoria, que era insuficiente para restablecer el equilibrio entre las partes y que no debía someterse a limitación temporal; respecto del uso de la vivienda atribuido a su favor que la limitación temporal a dos años era errónea y que debía fijarse como límite la liquidación de la sociedad de gananciales; y que no procedía atribuir a D. Jose Ignacio el uso de una plaza de garaje que era ajena a la vivienda familiar.

Sobre estas cuestiones dice la Audiencia:

"La limitación en el uso de la que fue vivienda o domicilio familiar durante dos años no es un pronunciamiento contenido en el fallo. Ello no obstante ambas partes han entrado en su examen y consideración.



"Resulta de la interpretación que se hace del art. 96 Código Civil que el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Es cierto que la jurisprudencia es también cada vez más proclive a acortar los plazos de atribución en materia de custodia compartida y a evitar que el progenitor disfrute de la que fue vivienda familiar por un tiempo demasiado prolongado dado que ya no se trataría de la vivienda familiar al haber sido asumida por ambos la custodia, ya que, en tales circunstancias, el domicilio de ambos progenitores es vivienda familiar, de ahí que consideramos acertados y ajustados a derecho las consideraciones y valoraciones recogidas por el juzgador en su sentencia, manteniendo la limitación temporal acordada.

"Ataca también la recurrente la limitación de 2 años para la pensión compensatoria. Al respecto coincidimos netamente con el juzgador en las circunstancias de que D.^a Salvadora tiene una formación académica superior y si bien necesita un tiempo para adaptarse a su nueva vida, no es menos cierto que tiene posibilidad de encontrar un empleo y desarrollándose profesionalmente, aunque hasta ahora no lo haya hecho.

"En cuanto a la oposición a la atribución de la plaza de garaje a D. Jose Ignacio sin limitación temporal, una primera precisión que hemos de hacer es que la limitación temporal existe cuando se liquide la sociedad de gananciales.

"No parece descabellado llevar a cabo esta atribución de uso cuando el matrimonio cuenta con dos coches, y el domicilio que era familiar tiene su propia plaza de garaje, lo que equitativamente permite la utilización de los bienes previa la disolución de la sociedad de gananciales aun cuando no se trate propiamente dicho de una cuestión derivada del ámbito que nos ocupa".

3.- D.^a Salvadora interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

4.- En su preceptivo informe, el Ministerio Fiscal explica que, en atención a su legitimación en estos procedimientos, y en atención a que no se refieren a cuestiones económicas que afecten a los hijos menores, no informa sobre los motivos del recurso de casación ni sobre el primer motivo del recurso por infracción procesal. Respecto del segundo motivo de este segundo recurso, referido al plazo de disfrute de la vivienda familiar, el Ministerio Fiscal se opone porque considera que la sentencia recurrida no se opone a la doctrina de la sala.

SEGUNDO.- Alegación de hechos nuevos

1.- Después de la admisión de los recursos y una vez señalada la fecha para la deliberación, D.^a Salvadora ha presentado un escrito por el que comunica, como hecho nuevo que, a su juicio, es relevante a efectos de las cuestiones planteadas en ambos recursos, que D. Jose Ignacio ha jurado su cargo como presidente de la Audiencia Provincial.

Sin concretar la repercusión económica que ello tiene, en su escrito, D.^a Salvadora aduce que este nombramiento es relevante por "las connotaciones que dicho nombramiento conlleva respecto a el (sic) salario a percibir, o la puesta a su disposición de una vivienda y un coche oficial".

D. Jose Ignacio y el Ministerio Fiscal se han opuesto a la admisión a trámite del referido escrito y, mediante providencia de 15 de octubre de 2019, se acordó que se valoraría en la votación y fallo del presente recurso.

2.- Esta sala, aun reconociendo que es posible la modificación de medidas definitivas por el cauce del art. 775 LEC, ha sido flexible en la interpretación del art. 286 LEC en los procesos que afectan a menores (sentencia 420/2010, de 5 de julio, por lo que se refiere a la cuantía de los alimentos), pero ello siempre que tenga relación con la cuestión jurídica del recurso de casación (sentencia 409/2015, de 17 julio, por lo que se refiere a la custodia compartida).

Igualmente, la sala ha venido negando la aplicación del art. 286 LEC en el ámbito de los recursos por infracción procesal y de casación, en atención a su naturaleza extraordinaria (entre otros, sentencia 564/2015, de 21 de octubre, y auto de 3 de octubre de 2018, rec. 1860/2016, en el que se citan autos anteriores). Ello no ha impedido, sin embargo, al amparo del art. 752 LEC, admitir la documental presentada en fase de casación (en la sentencia 350/2016, de 26 de mayo, un auto de incoación de procedimiento abreviado en el que se concretaban indicios de un delito de violencia doméstica, en un caso en el que se discutía el sistema de guarda de los menores). Las especialidades del art. 752 LEC, con todo, como establece en su último apartado este precepto, no se aplican en los procesos que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer.

En el caso, no son objeto de recurso de casación los alimentos a los hijos ni el sistema de guarda, sobre lo que por otra parte siempre sería de aplicación lo dispuesto en el art. 775 LEC. Son objeto de impugnación la cuantía y duración de la pensión compensatoria y la duración de la atribución del uso de la vivienda familiar que se ha hecho a la recurrente. Sobre estas cuestiones, con independencia de lo que se diga al resolver los recursos interpuestos, las partes no solo pueden disponer sino que, además, la decisión que se adopte en



caso de desacuerdo, como ha dicho de manera reiterada y expresa esta sala para la pensión compensatoria, debe estar a la situación de desequilibrio que se produce en el momento de la crisis matrimonial (la sentencia 120/2018, de 7 marzo, recuerda y matiza la doctrina de la sala a este respecto).

En consecuencia, por todo ello, esta sala considera que para resolver las cuestiones planteadas en el recurso debe estarse a los hechos valorados por el tribunal de instancia.

TERCERO.- Admisibilidad de los recursos

1.- En su escrito de oposición a los recursos la parte recurrida alega como causa de inadmisibilidad que la parte recurrente solo ha constituido un depósito cuando, de acuerdo con lo dispuesto en la disp. adicional 15.ª LEC, es preciso hacer un depósito de 50 euros para cada uno de los recursos interpuestos.

2.- De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la sala va a rechazar el óbice de inadmisibilidad en atención a las circunstancias que concurren en el presente caso.

Tiene razón la parte recurrida en que los autos que cita declaran la improcedencia de admitir un recurso cuando no se ha llevado a cabo el preceptivo depósito y también tiene razón en que es preciso un depósito para cada uno de los recursos, por lo que la recurrente debió depositar 100 euros. Pero en los autos citados la parte, después de haber sido requerida para ello, o bien no hace el depósito o lo hace fuera de plazo. No es esto lo que ha sucedido en el caso.

La STC 190/2012, de 29 de octubre, ha declarado:

"Sobre la novedosa figura del depósito regulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, condicionante para el ejercicio de acciones impugnatorias contra Sentencias y autos (recursos devolutivos y extraordinarios que deban tramitarse por escrito, así como demandas de revisión de Sentencia firme o de audiencia al condenado en rebeldía), cuya finalidad según el preámbulo de la Ley que lo introduce "es disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno, para que no prolonguen indebidamente el tiempo de resolución del proceso en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes personadas en el proceso", hemos dicho en las indicadas SSTC 129/2012 y 130/2012, ambas de 18 de junio (FJ 3), así como en la más reciente STC 154/2012, de 16 de julio (FJ 2) que "[s]e trata sin duda de un requisito de inexcusable cumplimiento, sin el cual la parte no tendrá derecho a que el procedimiento impugnatorio se sustancie en todas sus fases y, en todo caso, a que se resuelva en el fondo. En la apelación civil, a tenor de lo establecido en el segundo inciso del apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta, el requisito debe formalizarse antes de presentarse el escrito de preparación del recurso, de modo que la parte recurrente deberá aportar con éste, copia del resguardo del depósito ya efectuado en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial correspondiente. La consecuencia de no constituir el depósito será la no admisión a trámite del recurso, según indica el párrafo primero del apartado 7 de dicha disposición adicional.

"Ahora bien, establecido lo anterior, es claro que la ley no pretende que la exigencia de este depósito acabe erigiéndose en un obstáculo excesivo al ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 24.1 CE). De modo que obliga al órgano judicial que ha dictado la resolución susceptible de ser impugnada a advertir a las partes de 'la necesidad de constitución de depósito para recurrir, así como la forma de efectuarlo' (apartado 6, párrafo primero in fine, de la disposición adicional decimoquinta LOPJ).

"Y antes de decretar la inadmisión a trámite del recurso, se garantiza a la parte recurrente 'que hubiere incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito' la apertura de un plazo de dos días, añade la norma, 'para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa' (apartado 7, párrafo segundo).

"Sólo en caso de que la parte incumpla ese requerimiento, precisa la norma, 'se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso' (apartado 7, último párrafo, de la disposición adicional decimoquinta LOPJ)". Explicando este Tribunal, en fin, los motivos por las que la dicción literal del precepto en cuestión, al permitir subsanar en caso de "defecto, omisión o error", no permite razonablemente colegir que pueda estar excluyendo de ello el supuesto de falta de constitución ("omisión") del mismo".

En el presente caso, examinadas las actuaciones, consta que la recurrente hizo un único depósito de 50 euros sin especificar a cual de los dos recursos que interponía lo aplicaba y ninguna de las instancias y órganos que han ido examinando el recurso (la Audiencia que dictó la sentencia, la secretaría de sala y la sala de admisión de este Tribunal) han advertido la omisión de uno de los depósitos ni, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la propia disposición que regula la constitución de los depósitos, han cumplido su obligación de requerir a la recurrente para que completara el depósito realizado.



En atención a la doctrina del Tribunal Constitucional antes transcrita esta sala considera que en el presente caso la inadmisibilidad del recurso, por lo dicho, supondría una denegación injustificada de la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, rechaza el óbice de admisibilidad invocado por la parte recurrida.

CUARTO.- Recurso por infracción procesal

Los dos motivos del recurso denuncian, al amparo del art. 469.1.2.º LEC infracción del art. 218 LEC.

Los dos van a ser desestimados por lo que se dice a continuación.

1.- En el desarrollo del primer motivo se argumenta que debió incrementarse la cuantía de pensión compensatoria fijada en primera instancia a favor de D.^a Salvadora toda vez que la sentencia recurrida consideró probado que D. Jose Ignacio tenía más ingresos de los que había apreciado el juzgado y que, en cambio, D.^a Salvadora tenía menos de los que valoró el juzgado. Explica que, pese a ello, la sentencia no modificó al alza el importe de la pensión para hacer posible el restablecimiento del desequilibrio patrimonial.

El motivo debe desestimarse. Es criterio de la sala que la fijación de la cuantía de la pensión compensatoria es función de los tribunales de instancia salvo que se cuantifique de forma arbitraria, absurda o con falta de lógica en atención a los criterios establecidos en el art. 97 CC (por todas, con cita de otras anteriores, sentencia 300/2018, de 24 de mayo). Tratando de eludir esta doctrina la recurrente, para impugnar la cuantía de la pensión compensatoria, no plantea recurso de casación por infracción del art. 97 CC, sino que denuncia, por la vía del recurso por infracción procesal, infracción del art. 218 LEC, falta de lógica en la sentencia.

En su recurso de apelación D.^a Salvadora solicitó un incremento tanto de la pensión de alimentos fijada a favor de los hijos y a cargo del padre como un incremento de su pensión compensatoria y la sentencia recurrida, tras partir de los ingresos de ambos cónyuges decidió desestimar ambas pretensiones en atención a los gastos de uno y otro. Ciertamente que la sentencia no explicita de manera separada para la pensión compensatoria por qué no incrementa la cuantía, pero no por ello va a ser estimado el motivo del recurso.

La recurrente no denuncia incongruencia (no la hay, pues implícitamente se rechazó su pretensión, sentencia 838/2009, de 4 de enero de 2010, ni la recurrente, por lo demás, pidió complemento o subsanación, sentencia 141/2016, de 9 de marzo).

La recurrente denuncia motivación ilógica y, por falta de efecto útil, el motivo se va a desestimar, pues el fallo debe mantenerse al no haber razones para la modificación de la cuantía atendiendo a lo que dice la sentencia recurrida y a las razones por las que se fijó en primera instancia la cuantía de la pensión (sobre la doctrina de la desestimación de los recursos por carecer de efecto útil SSTs 409/2019, de 9 de julio, 233/2014, de 28 de abril, 677/2013, de 6 de noviembre, 640/2013, de 25 de octubre, de 20 de septiembre de 2012, rec. n.º 442/2010, y 28 de junio de 2012, rec. n.º 75/2010).

La sentencia de primera instancia tuvo en cuenta que el esposo, además de los gastos de alquiler de su nueva vivienda, paga a la esposa alimentos de los hijos aunque se haya acordado custodia compartida, y se supone que esos mismos gastos corren de su cuenta cuando los hijos están con él, que ha venido pagando los gastos del hijo que vive fuera por razones de estudio, que debe pagar a una persona que le ayuda sobre todo con el hijo discapacitado cuando está trabajando; que la esposa recibe, además de los alimentos, la pensión del hijo incapacitado. Dice la recurrente que la sentencia recurrida contempla mayores ingresos del esposo, pero omite que algunos de ellos no son estables (como las guardias, su intervención en cursos o su colaboración en la universidad). Dice también que la sentencia contempla menores ingresos de la esposa, pero omite que menciona los ingresos de su capital mobiliario y la titularidad de un inmueble que no tiene en venta ni alquiler, a diferencia de lo que obtiene el esposo por el alquiler de inmuebles, que sí está cualificado.

Por todo ello, el motivo se desestima.

2.- En el desarrollo del segundo motivo se defiende que debería haberse fijado el uso de la vivienda atribuido a D.^a Salvadora hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, tal y como se hace para la atribución del uso a favor de D. Jose Ignacio de la plaza de garaje no vinculada a la vivienda familiar. Argumenta que, al no hacerlo así, la sentencia incurre en arbitrariedad.

El motivo debe desestimarse. Es objeto de impugnación mediante el recurso de casación la atribución del uso de la mencionada plaza de garaje, y a lo que sobre esa cuestión digamos nos remitimos al resolver dicho recurso.

Importa ahora advertir, por lo que se refiere a la limitación temporal del uso de la vivienda, de acuerdo con el informe del ministerio fiscal, que la sentencia recurrida asume expresamente los razonamientos de la sentencia de primera instancia que, partiendo de que el interés más necesitado de protección es el de D.^a Salvadora y, partiendo también de que no se puede privar indefinidamente del bien ganancial al ex marido,



teniendo en cuenta que se establece un régimen de custodia compartida, rechaza la petición de este de limitar a seis meses el uso, por considerarlo muy exiguo para dar la oportunidad a D.^a Salvadora de organizar un nuevo hogar, y fija en dos años dicho uso, ponderando que aunque carece en la actualidad de trabajo, cuenta con apoyo familiar, patrimonio inmobiliario y cualificación profesional. La sentencia no incurre en arbitrariedad ni su razonamiento es ilógico o absurdo, por lo que no se infringe el art. 218 LEC. Por otra parte, como dice el ministerio fiscal, la impugnación del uso de la vivienda no debería ser objeto de este recurso, pues se trata de una cuestión jurídica propia del recurso de casación.

QUINTO.- Recurso de casación

El recurso se interpone por la vía del interés casacional y se funda en dos motivos.

1.- El primer motivo denuncia infracción del art. 97 CC. En su desarrollo alega que, al fijar un límite temporal de dos años a la pensión compensatoria reconocida a D.^a Salvadora, la sentencia recurrida contradice la doctrina de esta sala que exige la realización de un juicio prospectivo del que resulte la certidumbre de la supresión del desequilibrio en el plazo fijado.

El motivo debe ser estimado.

No se discute que es posible un límite temporal, sino si en el caso concreto la sentencia recurrida se ajusta a los criterios que pueden servir de pauta a tal fin.

La sentencia 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria:

"El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre". Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, R. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, R. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio".

La aplicación de esta doctrina al caso determina la casación de la sentencia, por cuanto no ha valorado adecuadamente la situación de hecho a la hora de decidir sobre el carácter temporal de la pensión. No basta con que la esposa terminara sus estudios universitarios de derecho en 2006, años después de casada (el matrimonio se contrajo en 1992), ni que esté colegiada, pues lo cierto es que durante los veinticinco años de matrimonio no ha ejercido profesión y solo consta un breve período de empleo en la empresa de su familia hace ya algunos años (en 2001 y 2002, el cese se produce coincidiendo con el fallecimiento de su padre). El hecho de que la esposa haya acompañado a su marido en sus destinos, y la dedicación a una familia con tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento, aunque haya contado con ayuda externa, es buena explicación de su falta de acceso al mercado laboral, que no queda garantizada en el futuro con facilidad, pese a sus estudios, en atención a su edad (nació en 1965) y a su falta de experiencia laboral, por mucho que su hermano sea titular de una empresa en la que en el pasado estuvo temporalmente contratada.

La sentencia 538/2017, de 2 de octubre, afirma:

"La fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción -como ocurre en el caso- lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad



-que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella".

En atención a lo razonado ha lugar a estimar el recurso y debe casarse la sentencia recurrida, en el sentido de que la compensación fijada a favor de la recurrente sea con carácter indefinido y sin limitación temporal.

Ello, como hemos venido reiterando en supuestos semejantes, sin perjuicio de que si cambian las circunstancias proceda la revisión en el futuro de esta decisión. Dice la sentencia 153/2018, de 15 de marzo:

"Como recoge la sentencia de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014, y cualquiera que sea la duración de la pensión "ha considerado (STS 23 octubre 2012 y las en ellas citadas de 3 octubre 2008; 27 de junio de 2011) que: "Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, (RC núm. 2727/2004), y 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009)) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión "nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada", lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC "si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas -alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC)".

2.- El segundo motivo denuncia infracción del art. 91 CC. En su desarrollo alega que la sentencia recurrida atribuye a D. Jose Ignacio el uso de una plaza de garaje "equitativamente" y reconociendo que "no se trata propiamente de una cuestión derivada del ámbito que nos ocupa", lo que es contrario a la jurisprudencia de la sala que cita.

No se discute aquí sobre la atribución del uso de una plaza de garaje que es anejo de la vivienda familiar (que ha sido atribuida temporalmente a D.ª Salvadora), sino la atribución a D. Jose Ignacio , hasta que se liquiden los gananciales, del uso de una plaza de garaje que se encuentra en otro edificio.

El motivo debe ser estimado de acuerdo con la doctrina de esta sala. Las sentencias 284/2012, de 9 de mayo, y 129/2016, de 3 de marzo, sentaron como doctrina la de que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Esta doctrina toma en consideración que los arts. 91 CC y 774.4 LEC, al referirse a la sentencia de divorcio, contemplan únicamente la atribución del uso de la vivienda familiar conforme a los criterios del art. 96 CC.

Por ello, el uso de los demás bienes está en función del régimen económico matrimonial y, si no se ha hecho uso del cauce previsto en el art. 103.4.º CC, que permite previo inventario establecer reglas de administración sobre los bienes, hasta que se liquide el régimen de gananciales, a falta de acuerdo, habrá que estar a lo que se decida sobre la administración y disposición de los bienes comunes en el correspondiente procedimiento judicial.

Por lo demás, contra lo que dice la parte recurrida en su escrito de oposición, al plantear este motivo, la recurrente no va contra sus propios actos, pues ella en su demanda lo que pidió fue la atribución del uso de la vivienda familiar con sus anejos.

SEXTO.- Costas

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

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Salvadora contra la sentencia dictada, con fecha 3 de diciembre de 2018, por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Toledo, dimanante del juicio de divorcio contencioso n.º 10/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Toledo.

2º.- Estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida, en primer lugar, en el sentido de que la compensación fijada a favor de la recurrente sea con carácter indefinido y sin limitación temporal y, en segundo



lugar, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la atribución a favor de D. Jose Ignacio del uso del garaje sito en CALLE001 de DIRECCION000 . Se confirma la sentencia en todo lo demás.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ