



Roj: **STS 4002/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4002**

Id Cendoj: **28079110012013100434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2013**

Nº de Recurso: **1044/2012**

Nº de Resolución: **499/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 22/2012,**
STS 4002/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio contencioso de divorcio 1649/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Fe, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Eduardo , la procuradora doña Leocadia García Cornejo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de doña Violeta . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don German Rebertos Báez, en nombre y representación de doña Violeta , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Eduardo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare la disolución del matrimonio por DIVORCIO de los mencionados cónyuges, con los efectos legales derivados de tal declaración, acordando los siguientes efectos complementarios:

- 1.- El Divorcio de los cónyuges, que a partir de este momento podrán señalar libremente su domicilio
- 2.- Que desde la fecha de la Sentencia de Divorcio queden revocados y sin efecto los consentimientos y, todos los poderes que los cónyuges hayan otorgado el uno con respecto al otro.
- 3,- Que se determine la obligación de cada una de las partes a no interferir ni perturbar el libre desarrollo de sus respectivas vidas privadas, ni las actividades personales o profesionales que ambos pudieran desarrollar en el futuro.
- 4°.- Disolución del régimen económico de sociedad de gananciales, desde la fecha de la Sentencia.
- 5°.- Titularidad y ejercicio de la patria potestad. La patria potestad con respecto al hijo menor de edad Sergio, será compartida.
- 6°.- Guardia y Custodia de los hijos. La guardia y custodia de la hijo menor de edad Sergio, corresponde a la madre.

No obstante se establecerá un régimen de visitas a favor del padre, por lo que esta parte solicita se apruebe el siguiente régimen de visitas:



1°.- El padre estarán en compañía de su hijo Sergio, hasta los dos años de vida, un periodo de dos horas consecutivas los fines de semana, sábado y domingo determinando el horario a conformidad de los padres siempre que no se perturbe la rutina del bebe en presencia de la madre.

2°.- A partir de los dos años hasta los cuatro el padre podrá pasar con el hijo Sergio un día a la semana completo, desde las 10 horas hasta las 19 horas, sin pemocta, bien el sábado o bien el domingo a conformidad por las partes, y las necesidades del niño

3°.- A partir de los cuatro años de edad el régimen de visitas será el siguiente:

- Fines de semana alternos a favor del padre, comenzando las 12:00 horas del Sábado hasta las 18:00 horas del domingo.

- La mitad de las vacaciones de Semana Santa, Navidades y verano, debiéndose tomar como día inicial para el computo el primer día de vacaciones escolares del menor y como último, el día en el que el menor entra al colegio.

A la madre le corresponderá la elección de los períodos en los años pares y al padre en los impares.

7°.- Atribuciones del uso de la vivienda conyugal.- La atribución del uso y disfrute de la vivienda que ha sido hogar conyugal sito en C/ DIRECCION000 N° NUM000 , NUM001 NUM002 Santa Fe (Granada), será atribuido a DOÑA Violeta al ostentar la guardia y custodia del hijo menor de edad Sergio.

8°.- Pensión de alimentos a favor del hijo: El padre deberá satisfacer en concepto de pensión de alimentos para la hija menor la cantidad mensual de QUINIENTOS EUROS (500.-C), que será revisada anualmente en función del aumento del IPC y que deberá abonarse entre los días 1 y 5 de cada mes en la cuenta bancaria que designe Doña Violeta .

Igualmente el padre estará obligado a abonar la mitad de los gastos extraordinarios del hijo.

9°.- Pensión Compensatoria.- En el presente caso procede conceder a favor de Doña Violeta una pensión compensatoria, debiendo abonar Don Eduardo a Doña Violeta la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300.- euros) mensuales, que deberá abonarse entre el día 1 y 5 de cada mes, en la misma cuenta bancaria en la que ingrese la pensión de alimentos.

Dicha cantidad se actualizará cada primero de Enero conforme a las variaciones del IPC según determine el I.N.E. u órgano equivalente.

10°.- La condena en costas del demandado si se opusiera a lo pedido en esta demanda, por ser todo ello de acordar en justicia que respetuosamente pido y espero

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don Juan Antonio Montenegro Rubio, en nombre y representación de don Eduardo , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia decretando el divorcio de los conyuges don Eduardo y de doña Violeta , aprobando las medidas propuestas por esta parte en el hecho quinto de los contenidos en este escrito de contestación a la demanda y que en este lugar se dan por reproducidas.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Fe, dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:**

Se estima parcialmente la demanda de divorcio formulada por don Germán Rebertos Báez, en representación de doña Violeta , contra don. Eduardo y, en consecuencia, se decreta judicialmente el divorcio doña Violeta y D. Eduardo , con aprobación de las siguientes medidas:

1) Se atribuye la patria potestad del menor Sergio de forma conjunta a los dos progenitores. Se atribuye la guarda y custodia del mismo a doña Violeta .

2) *Se aprueba un régimen de visitas a favor de don Eduardo sobre su hijo consistente en: hasta que el menor cumpla un año, quedará en compañía del padre un período de 3 horas un día a la semana, alternándose sábados y domingos. Asimismo, entre 1 y 3 años de edad del menor, quedará en compañía del padre un día completo a la semana, aternándose entre sábado y domingo, desde las 10.00 horas hasta las 19.00 horas. Finalmente, y a partir de los 3 años de edad, se establece un régimen normal de fines de semana alternos, desde las 19.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, así como una tarde intersemanal (que en defecto de acuerdo*



será los miércoles), desde las 17.00 horas hasta las 20.00 horas, más la mitad de las vacaciones escolares de navidad, Semana Santa y verano (eligiendo su mitad el padre los años pares y la madre los impares), quedando suspendida durante dichas vacaciones la alternancia de fines de semana.

3) Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar al menor Sergio así como al progenitor titular de su guarda y custodia, doña. Violeta .

4) D. Eduardo deberá abonar una pensión de alimentos a doña Violeta , en nombre y a favor de su hijo, de 500 € mensuales, actualizándose dicha cantidad anualmente conforme al IPC. Dicha pensión deberá abonarse durante los primeros 5 días de cada mes en el número de cuenta que designe la receptora.

Los gastos extraordinarios que tengan su origen en los hijos comunes serán satisfechos en la forma siguiente: a) los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores, o en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente, por mitad a partes iguales; b) Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuente para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria, por aquel que determine su realización si es que el gasto llegara a producirse.

5) No se establece el pago de pensión compensatoria alguna.

Se dictó auto de aclaración con fecha 5 de octubre de 2010, cuya parte dispositiva.

ACLARO la sentencia dictada en este procedimiento el día 5 de octubre de 2010 en el sentido de especificar que en el primer párrafo del fundamento de derecho quinto de la sentencia donde dice 450 euros debe decir 500 euros.

Asimismo aclaro que el hijo en común podrá ser recogido en el domicilio materno bien por el padre bien por cualquier familiar autorizado por éste para ello. Asimismo deberá recogerse en un coche apto para circular con un niño de la edad del que de las partes conforme a la seguridad vial. Finalmente, en caso de desacuerdo de las partes a la hora de concretar el periodo de visitas sobre el menor hasta que este cumpla un año, propongo que el mismo sea de 10.00 hasta las 13,00 horas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Eduardo , la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 13 de enero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se revoca la sentencia en cuanto se fija a favor de la esposa una pensión por desequilibrio por importe de 200 euros mensuales, pagaderas por adelantado del 1 al 5 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que la misma designe, actualizable al 1 de enero de cada año conforme al IPC. Se confirma los restantes pronunciamientos. Se condene al demandado-apelante al pago de las costas de su recurso. Sin costas en cuanto al recurso de la actora a la que se la devolverá el depósito constituido.*

Con fecha 8 de febrero de 2012, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice:

No ha lugar a aclaración ni complemento de la sentencia .Se condena al instante al pago de las costas del presente trámite.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** .la representación procesal de don Eduardo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Oposición de la sentencia y de su auto de aclaración ambos objeto del presente recurso a la doctrina del Tribunal Supremo y a la Doctrina de la misma Audiencia Provincial de Granada que ha dictado ambas resoluciones sobre la fijación de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil , cuya aplicación se ha infringido. **SEGUNDO**.- Oposición de la sentencia recurrida a la Doctrina del Tribunal Supremo de otras audiencias Provinciales y de la misma Audiencia Provincial que ha dictado la resolución recurrida en relación al quantum de la pensión alimenticia establecida a favor del único hijo del matrimonio, indefensión por infracción de los artículos 934 , 146 y 147 del Código Civil , en relación con el artículo 142 del CC e infracción del artículo 218.2. de la LEC por falta de motivación suficiente. **TERCERO**.- Infracción de norma sustantiva aplicable: artículo 411 de la LEC en relación con el artículo 222.2. de la LEC indebida aplicación del principio "Perpetuatio jurisdictionis". Oposición de la sentencia a la Doctrina del Tribunal Supremo. **CUARTO**.- Oposición de la sentencia recurrida y su auto de aclaración a la Doctrina del Tribunal Supremo de otras audiencias Provinciales y a la Doctrina de la misma Audiencia Provincial que ha dictado dichas resoluciones sobre el establecimiento de las costas, infracción de los artículos 398 , 394 y 247, 2 , 3 , 4 y 5 de la LEC y del artículo 218.2. de la LEC nulidad de las condenas en costas.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de febrero de 2013 la Sala Acuerda :



1º) No admitir los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Eulogio , (sic) contra la sentencia dictada con fecha 13 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5º) en el rollo de apelación 564/11 dimanante de los autos de divorcio contencioso nº 1649/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santa Fe.

2º) Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Eulogio , (sic) contra la sentencia dictada con fecha 13 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5º) en el rollo de apelación 564/11 dimanante de los autos de divorcio contencioso nº 1649/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santa Fe.

Dese traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de doña Violeta , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que por las razones expuestas en los motivos segundo, tercer y cuarto deben ser inadmitidos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de julio del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único de los cuatro motivos que ha sido admitido, se formula por oposición a la doctrina de este Tribunal, sobre fijación de la pensión compensatoria (se citan las sentencias de 6 de junio 2008 , 17 de junio de 2009 , 9 de febrero de 2010 y 22 de junio 2011), que la sentencia recurrida establece en cuantía de 200 euros mensuales en favor de la esposa. La sentencia dice lo siguiente: *"si bien la duración del matrimonio fue solo de cuatro años y casi tres meses, desde la celebración a la interposición de la demanda, es claro que la separación o divorcio, en este caso, produce un desequilibrio con la situación anterior en la que ella estaba casada con el marido, licenciado y profesor de instituto con ingresos que casi cuadriplican los de ella, debiendo tomarse en consideración la dedicación futura a la familia (art. 97-4ª del Código Civil) que crea necesariamente la tenencia del hijo de dos meses de edad"*.

Considera la recurrente que vulnera esta doctrina porque la finalidad de la pensión compensatoria no es equiparar económicamente los patrimonios, sino lograr colocar al cónyuge más desfavorecido con la ruptura en situación potencial de igualdad de oportunidades laborables y económicas no respecto del otro cónyuge sino respecto a las que habría tenido de no mediar vínculo matrimonial.

SEGUNDO.- El motivo se desestima. El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero . La pensión compensatoria -declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre , 720/2011, de 19 octubre , 719/2012, de 16 de noviembre y 335/2012, de 17 de mayo 2013 .



La sentencia recurrida no infringe esta doctrina, y lo que realmente se ofrece como interés casacional no es más que la expresión de una serie de resoluciones que resuelven según los hechos planteados, diferentes según los procedimientos, sobre el valor de los ingresos de uno y otro cónyuge, ya que la sentencia no se sustenta únicamente en base al inferior salario de la esposa tras la ruptura, antes al contrario, tiene en cuenta la situación de desequilibrio económico existente antes y después del matrimonio y atiende a otros factores como la dedicación de la esposa a la familia y, en particular, el cuidado del hijo menor que, sin duda, va a condicionar su vida personal y profesional durante un tiempo al dejar de convivir en pareja con lo que ello comporta respecto de una mayor dedicación al hijo.

TERCERO.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación del recurso y la imposición de las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso formulado por la representación legal de Don Eduardo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Quinta, de fecha 13 de enero de 2013 , con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.