



Roj: **STS 4054/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4054**

Id Cendoj: **28079110012016100519**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2016**

Nº de Recurso: **1183/2015**

Nº de Resolución: **529/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 124/2015,**
STS 4054/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 12 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 288/2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dimanante de autos de divorcio contencioso núm. 794/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tomelloso; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Fabio, representado por el procurador D. Francisco Serrano González, bajo la dirección letrada de Dña. Rosa Victoria Mateos Serrano, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Paloma Izquierdo Labrada designada por el turno de oficio al tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita el recurrente, comparece pues en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Virginia, representada por la procuradora Dña. María del Carmen Azpeitia Bello, designada igualmente por el turno de oficio al tener también la recurrida reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, bajo la dirección letrada de Dña. María Jesús Mulas Rubio y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La procuradora Dña. Inmaculada Morales Armero, en nombre y representación de Dña. Virginia, interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Fabio y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia:

«En la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio de los consortes, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, y con expresa condena en costas a la parte demandada, solo si se opusiera a estas nuestras legítimas peticiones acordando con el carácter de definitivas las siguientes medidas:

»1.º- Se atribuya a mi representada la guarda y custodia de los 4 hijos menores, manteniéndose el ejercicio de la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2.º- Se fije el régimen de visitas que a continuación se detalla, a favor del padre no custodio, teniendo en cuenta las edades de los menores:

»- Semanal, fines de semana alternos, desde el viernes a las 20 de la tarde hasta las 20 horas del domingo.

»En el supuesto que el fin de semana en que corresponda tenerlos al padre/madre coincida con festividad el viernes o el lunes, se entenderá que forma parte del correspondiente fin de semana.



»- Navidad, las hijas de la pareja pasarán la mitad de cada uno de estos períodos vacacionales con el padre y la otra mitad con la madre, atendiendo siempre con referencia a las vacaciones escolares que en cada año se fijen, correspondiendo a la madre el primer período los años pares y al padre los impares. Comenzará a contar el primer período desde la salida del colegio del día en que se den las vacaciones escolares, hasta el 31 de diciembre a las 20 horas, momento en que comenzará el segundo período, que finalizará el día anterior al comienzo de la actividad escolar a las 20 horas.

»- Semana Santa, las hijas estarán la mitad de estas vacaciones con cada progenitor, siendo la madre quien las tendrán consigo el primer período los años pares y el padre los impares. Comenzará a contarse el primer período desde la salida del colegio del día en que se den las vacaciones hasta la mitad de las mismas a las 20 horas, momento en que comenzará el segundo período hasta el día anterior a la reanudación de la actividad escolar a sus 20 horas.

»- Vacaciones estivales, dado que cada uno de los padres le corresponde la mitad de las vacaciones escolares de las hijas comunes, y para fomentar la comunicación de los niños con ambos progenitores, se acuerda que:

»a) El padre tendrá a las niñas del 1 al 15 del mes de julio y del 1 al 15 del mes de agosto durante los años pares y del 16 al 31 de julio y del 16 al 31 de agosto los años impares.

»b) La madre tendrá a las niñas del 16 al 31 del mes de julio y del 16 al 31 del mes de agosto los años pares y del 1 al 15 de julio y del 1 al 16 de agosto los años impares.

»Cada uno de estos períodos comenzará a contarse desde el primer día a las 10 horas, hasta el día fijado a las 20 horas, momento en que se reintegrará a las niñas al otro progenitor.

»Si los dos padres trabajan, las niñas pasarán al menos 15 días con cada uno de sus padres, que coincidan con el mes de vacaciones laborales de estos.

»- Onomástica y cumpleaños, con ocasión de celebraciones del niño, las pasará de forma alternativa con cada uno de los progenitores, comenzando por la madre los años pares y el padre los impares.

»En relación con las festividades relacionadas con los cumpleaños de los padres, tíos, abuelos, bodas, bautizos, comuniones, etc., relacionadas con la familia de cada uno de los progenitores, las niñas las pasarán con el progenitor que lo celebre.

»En el supuesto que ambos progenitores coincidieran en alguna de las festividades relacionadas en el párrafo anterior, la madre escogerá en los años pares y el padre en los impares.

»- Lógicamente dicho régimen en modo alguno, puede ser de aplicación para la menor de las hijas, llamada Raquel , que apenas tiene NUM003 de vida, siendo aún la misma lactante de leche materna y por tanto, deberá de permanecer con su progenitor durante 2 horas (sábado y domingo de 12 de la mañana a 14 horas) cada fin de semana que al mismo le corresponda, debiendo pernoctar la misma en el domicilio conyugal con su madre y todo ello hasta los 5 años de edad.

»- Dado que los menores bajo la guardia y custodia de la madre, venimos en solicitar que cuando los hijos lleven a cabo actos de especial simbolismo para mi cliente, tales como primera comunión, confirmación, graduación, llevar arras en bodas, etc. y otros similares, estos pernocten el día de antes en el domicilio conyugal junto con su madre y hermanos e inicien desde el mismo su salida y preparación a dicho actos y/o eventos y todo ello, con independencia de a quién corresponda su visita ese fin de semana, alterándose dicho régimen en esas especiales circunstancias, debiendo comunicárselo la madre al padre al menos con 15 días de antelación y siempre pensando en el bien de los menores.

»3.º- Se fije el domicilio que ha tenido carácter de conyugal sito en Argamasilla de Alba y su CALLE000 NUM000 , como domicilio de la madre y de sus hijos, hasta que el menor de todos ellos tenga medios de vida dignos y suficientes y procediendo a requerir al esposo demandado para que abandone el mismo con su enseres personales y sin perjuicio que pudiese hacerse un inventario de los bienes existentes en dicho domicilio conyugal al ser estos gananciales y que quedarán para uso y disfrute de los menores, con las connotaciones reseñadas en nuestros fundamentos fácticos y que sigue disfrutando para ella y para sus hijos el vehículo Volvo, matrícula-MRM .

»4.º- Se declare la obligación del demandado de satisfacer mensualmente la suma de 300,00.-€ mensuales en concepto de alimentos para cada una de sus hijas menores de edad, pensión esta que seguirá existiendo mientras los hijos, hoy menores, no tengan medios de vida dignos y suficientes, pensiones que serán incrementadas anualmente con el I.P.C., correspondiente, y todo ello mediante transferencia bancaria en la cuenta que esta parte designe.



»5.º- Igualmente venimos en solicitar en concepto de pensión compensatoria para la esposa la suma de 500.-€/mes, siempre que la esposa carezca de recursos económicos propios, sin estudios ni formación de clase alguna, máxime cuando se encarga del cuidado completo de sus cuatro hijos menores, que serán incrementadas anualmente con el IPC correspondiente, y todo ello mediante transferencia bancaria en la cuenta que esta parte designe.

»6.º- Se liquide el régimen económico del matrimonio, en su momento en el modo y manera que establece la LEC, si hubiere lugar a ello, reseñando que, no existen capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges.

»7.º- Se declare la obligación del demandado de abonar el 80% de los gastos extraordinarios de las menores, tales como libros, matrícula y material escolar, médico, farmacéuticos, odontológicos, oftalmológicos, guarderías y cualquier otro de similar naturaleza tendente a beneficiar siempre a las menores, si bien, esta obligación persistirá en el supuesto que los hijos menores sean mayores pero carezcan de medios de vida dignos y suficientes.

»8.º- Se reconozca el derecho de los hijos menores de edad, de continuar en la cartilla de la Seguridad Social de sus padres, y todo ello, para que pueda disfrutar de los beneficios médicos, sanitarios y farmacéuticos que brinda dicha cobertura, en el modo y manera establecido en la Ley, derecho que podrán seguir disfrutando incluso cuando sean mayores de edad y carezcan de medios de vida dignos y suficientes.

»9.º- Se fije la obligación de la parte demandada de abonar una suma de 200.-€ mensuales para cubrir los gastos de las menores en el domicilio que será su residencia en concepto de gastos corrientes de la vivienda por luz, agua, calefacción, gas, basura y teléfono, mediante ingreso en la cuenta de mi representada que esta designe.

»10.º- Se condene al demandado al pago de las costas que pudieran derivarse de este procedimiento, si se opusiera a estas nuestras legítimas peticiones.

»Justicia que respetuosamente pido...».

2.- La procuradora Dña. Paloma Pérez Pedrero, en nombre y representación de D. Fabio , contestó a la demanda y formuló reconvencción.

Se opuso a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que estimando parcialmente la demanda deducida por la señora Virginia , se decrete la disolución, por divorcio, del matrimonio de las partes, desestimando la demanda en todo lo demás. con cuanto más proceda en derecho».

Y formuló demanda reconvenccional con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, solicitando se dictara sentencia:

«Por la que estimando esta, acuerde la disolución, por divorcio, del matrimonio concertado entre las partes, amén de las siguientes medidas definitivas:

»En caso de estimar la pretensión principal.

»1) Atribuir la guarda y custodia de los menores al padre don Fabio , siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

»2) Fijar a favor de la madre doña Virginia un régimen de visitas respecto de sus hijos, que en defecto de acuerdo de los padres, será:

»a) Fines de semana alternos desde las 17,00 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo, ampliándose hasta las 22,00 horas del domingo en el período estival. Así como dos horas intersemanales, que en defecto de acuerdo serán desde las 17,00 horas hasta las 19,00 horas los lunes, miércoles y jueves.

»b) La mitad de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo los años pares la madre y los impares el padre, en defecto de acuerdo.

»c) Tratándose de cumpleaños u onomásticas de las niñas, las pasará de forma alternativa con cada progenitor eligiendo los años impares el padre y los pares la madre, no obstante, el cónyuge no custodio podrá visitar a las niñas desde las 17,00 horas hasta las 20,00 horas.

»d) Tratándose de onomásticas o cumpleaños de los progenitores si el menor no estuviese en compañía del progenitor no custodio, éste podrá visitarlo y tenerlo en su compañía al menos la tarde de dicho día.

»e) En supuestos de comuniones, graduaciones y demás actos importantes en la vida de las niñas, las pasarán la mañana y el medio día con la madre y la tarde y noche con el padre.



- »f) En los casos de cumpleaños y festividades relacionados con la familia de cada uno de los progenitores, el menor podrá pasar la tarde con el progenitor correspondiente.
- »3) Atribuir el uso de la entreplanta y bajo del inmueble sito en el número NUM000 de la CALLE000 de Argamasilla de Alba, hogar familiar, a don Fabio .
- »4) En concepto de pensión de alimentos doña Virginia deberá abonar a favor de cada uno de sus hijos, la suma de cien euros (100.-€) mensuales, lo que importa la cuantía total de cuatrocientos euros (400.-€) a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe el padre, cantidad revalorizable anualmente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle.
- »Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad entre ambos progenitores, siempre que medie su consentimiento.
- »5) Los cónyuges deberán abonar por mitad las cuotas correspondientes a los créditos de carácter personal existentes y ello en tanto no se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.
- »De forma alternativa a la pretensión principal.
- »1. Que reputando compartida la patria potestad de los menores, se atribuya su guardia y custodia a ambos progenitores, por meses alternos, estableciéndose el siguiente régimen de visitas:
- »A) El hijo estará en período escolar en compañía de cada progenitor, un mes completo y alterno con cada uno de ellos.
- »B) El mes que el progenitor no esté en compañía de sus hijas, podrá tenerlas en su compañía desde las 17,00 horas hasta las 20,00 horas los lunes, miércoles y jueves. Y además los fines de semana alternos, desde las 17,00 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo. En el supuesto de que los fines de semana sean parte de un puente el progenitor al que le corresponda estar con las niñas ese fin de semana disfrutará del puente completo en compañía de las menores.
- »C) La entrega se efectuará, los domingos, en el domicilio de las menores y la recogida, bien en el centro educativo al que asistieren al término de la jornada lectiva, bien, caso que no asistieren a clase por las tardes, a las 17,00 horas en el domicilio de las menores.
- »D) Los períodos de vacaciones escolares la mitad de ellos lo pasarán con cada progenitor estableciéndose los siguientes períodos:
- »I. En las vacaciones de verano: el primer período comprenderá los diez últimos días del mes de junio y el mes de julio y el segundo el mes de agosto y los diez primeros días del mes de septiembre.
- »II. En las vacaciones de Semana Santa el primer período comprenderá los cuatro días festivos y el segundo período los días restantes de vacaciones escolares.
- »III. En las vacaciones de Navidad el primer período va desde el primer día de vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre y el segundo del 31 de diciembre al 7 de enero.
- »IV. En caso de discrepancia sobre el período que correspondiese a cada progenitor estar con sus hijos, los años pares elegirá Dña. Virginia y los impares D. Fabio .
- »E) Los días del cumpleaños de los menores, si son lectivos, serán recogidos por el progenitor no custodio a la salida del colegio y devueltos al domicilio familiar a las 19:00 horas. Si fuere no lectivo, el progenitor podrá verlos entre las 17:00 y 19:00 horas.
- »F) Los días del cumpleaños del padre o de la madre, si el progenitor cuya onomástica acaeciére, no los tuviere en su compañía, podrá verlos entre las 17:00 y 19:00 horas.
- »G) En el caso de cumpleaños de abuelos y tíos, el progenitor que no esté en compañía del menor ese día, podrá verlos y estar con ellos, entre las 17:00 y 19:00 horas, cuando se celebren los cumpleaños de su rama familiar.
- »H) Tratándose de comuniones, bautizos, graduaciones u otros eventos importantes en la vida del menor podrá pasar la mañana y el medio día con el progenitor que no los tenga en su compañía y la tarde y noche con el otro. En caso de discrepancia resolverá D. Fabio los años impares y Virginia los pares.
- »2. Que se atribuya el uso de la entreplanta sita en el número NUM000 de la CALLE000 de esta ciudad a los menores, hasta que cumplan 18 años.
- »Que se atribuya el uso de la NUM001 planta y NUM002 a don Fabio .



- »Los progenitores deberán entrar y salir en el domicilio al inicio y fin de cada período de custodia, el último día de cada mes.
- »3. Cada progenitor deberá abonar, en concepto de cargas familiares de las que directamente se benefician los hijos comunes, los gastos de agua, luz, teléfono, gas, comunidad y similares correspondientes al mes en el que se encuentren residiendo con los menores en el domicilio familiar.
- »4. Los gastos extraordinarios serán por mitad, siempre que medie el consentimiento de ambos progenitores.
- »5. Los progenitores facilitarán la comunicación fluida telefónica, epistolar o telemática con los menores, así como notificarán el teléfono y dirección del lugar en el que se encuentren durante el mes que les corresponda la guardia y custodia.
- »Se entenderá como incumplimiento de esta obligación el hecho de que el progenitor que tenga al niño en su compañía, impida voluntaria y totalmente durante todo un día la comunicación telefónica del otro progenitor con el menor, siempre que se hayan recibido llamadas de este, bastando con contestar al menos a una de las llamadas para excluir dicho incumplimiento.
- »6) Los cónyuges deberán abonar por mitad las cuotas correspondientes a los créditos de carácter personal existentes y ello en tanto no se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.
- »Subsidiariamente a la pretensión principal y alternativa.
- »A) Que se atribuya la guardia y custodia de los menores a doña Virginia , siendo compartida la patria potestad de estos.
- »B) Que se establezca a favor de don Fabio , el siguiente régimen de visitas:
- »1.- Fines de semana alternos desde las 17,00 horas del viernes hasta las 21,00 horas del domingo, ampliándose hasta las 22,00 horas del domingo en el período estival. Así como dos horas intersemanales, que en defecto de acuerdo serán, en días lectivos, desde la salida del colegio hasta las 19,00 horas y en días no lectivos, desde las 17:00 hasta las 19:00 horas de los lunes, miércoles y jueves.
- »La entrega se efectuará, bien en el centro educativo al que asistieren al término de la jornada lectiva, bien, caso que no asistieren a clase por las tardes, a las 17:00 horas en el domicilio de los menores.
- »2.- La mitad de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo los años pares la madre y los impares el padre, en defecto de acuerdo.
- »Los días del cumpleaños y onomásticas de los menores, si son lectivos, estos serán recogidos por el progenitor no custodio a la salida del colegio y devueltos al domicilio familiar a las 20:00 horas.
- »Si fuere no lectivo, el progenitor podrá verlos entre las 17:00 y 20:00 horas.
- »Los días del cumpleaños u onomástica del padre o de la madre, si el progenitor cuya onomástica acaeciére, no los tuviere en su compañía, podrá verlos entre las 17:00 y 20:00 horas.
- »En el caso de cumpleaños de abuelos y tíos, el progenitor que no esté en compañía del menor ese día, podrá verlos y estar con ellos, entre las 17:00 y 20:00 horas, cuando se celebren los cumpleaños de su rama familiar.
- »En caso de comuniones, graduaciones u otros eventos importantes en la vida del menor podrá pasar la mañana y el medio día con el progenitor que no los tenga en su compañía y la tarde y noche con el otro. En caso de discrepancia resolverá D. Fabio los años impares y Dña. Virginia los pares.
- »C) Que se atribuya a Dña. Virginia el uso de la entreplanta del inmueble sito en el número NUM000 de la CALLE000 de Argamasilla de Alba, hogar familiar.
- »D) Que se atribuya el uso de la NUM001 planta y NUM002 del inmueble sito en el número NUM000 de la CALLE000 de Argamasilla de Alba, hogar familiar, a don Fabio .
- »E) En concepto de pensión de alimentos don Fabio deberá abonar a favor de cada uno de sus hijos, la suma de ciento veinte euros (120.-€) mensuales, lo que importa la cuantía total de cuatrocientos ochenta euros (480.-€) a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, cantidad revalorizable anualmente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle,
- »F) Para el pago de la pensión en período estival, se atenderá al hecho de cuanto tiempo pasan los menores con su madre, puesto que si únicamente conviven con ella la mitad del mes, el señor Fabio sólo abonará la mitad de la anterior pensión. No se aplica la proporción anterior para los otros períodos vacacionales.



»Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad entre ambos progenitores, siempre que medie su consentimiento.

»G) Los cónyuges deberán abonar por mitad las cuotas correspondientes a los créditos de carácter personal existentes y ello en tanto no se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales».

3.- -En fecha 8 de marzo de 2013, el mismo Juzgado de Primera Instancia 2 de Tomelloso dictó auto resolviendo la solicitud de medidas provisionales, registrada como pieza de medidas provisionales coetáneas 20/2012 , en cuyo fallo se aprobaban las siguientes medidas:

« **FALLO**

»Que, se aprueban las siguientes medidas provisionales coetáneas a la demanda de divorcio, entre Dña. Virginia y D. Fabio , y con sus hijos comunes,:

»La patria potestad se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores. La guardia y custodia corresponderá a su madre, Dña. Virginia .

»Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la CALLE000 n° NUM000 , de Argamasilla de Alba, a los hijos comunes y al progenitor custodio.

»Se establece un régimen de visitas a favor del padre, consistente en fines de semana alternos, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, con pernocta, con recogida y entrega de los menores en el domicilio donde residan con su madre. Además, se establece también el derecho de visitas del padre con sus hijos de dos días entre semana, de 16:30 horas (o en su caso, salida del colegio, si es posterior a dicha hora) hasta las 20:00 horas, elegido de acuerdo entre los cónyuges, y en defecto de acuerdo, se fija los martes y jueves. Con la excepción de la menor Raquel , debido a su corta edad, para la cual el régimen de visitas se fija en fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo, con pernocta, hasta el momento en que cumpla 3 años, momento a partir del cual seguirá el mismo régimen que sus hermanos.

»El régimen de visitas comprende también la mitad de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa. La distribución de las vacaciones se realizará de común acuerdo entre ambos progenitores, y en defecto de acuerdo regirá el siguiente régimen: la mitad de las vacaciones de Semana Santa se sitúa en el Miércoles Santo; el cambio en las vacaciones de Navidad debe realizarse el día 31 de diciembre a las 12:00 horas, y que las vacaciones de verano se dividen en cuatro quincenas (del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto). Se entiende además que la primera quincena comienza a estos efectos en el día de las vacaciones escolares, de forma que el progenitor que disfrute dicha quincena, disfrutará de los menores desde el inicio de las vacaciones de verano hasta el 15 de julio. Y de forma idéntica con el final, comprendiendo desde el 16 de agosto hasta el inicio del curso escolar. La recogida y entrega se realizará a las 12:00 horas de cada día 15 y del inicial de cada período. Debiendo decidirse que período vacacional corresponde a cada progenitor de común acuerdo, y en defecto de acuerdo, corresponde a la madre elegir los años pares y al padre los impares. Éste régimen no es aplicable a la menor Raquel , hasta que cumpla 3 años de edad.

»Se establece una pensión de alimentos a cargo de D. Fabio , a favor de sus hijos, que deberá ser abonado a su madre, Dña. Virginia , de 800.-€ mensuales, es decir, de 200.-€ por cada hijo. Cantidad que será actualizada anualmente conforme al IPC. Dicha cantidad habrá de ser ingresada por el demandado en la cuenta que proporcione la madre dentro de los 5 primeros días de cada mes. Además, los gastos extraordinarios ocasionados por los menores, deberán ser satisfechos al 50% por cada progenitor, previo consenso y acreditación, y comprendiendo por tales los imprevisibles y no habituales, tales como gastos farmacéuticos, odontológicos, oftalmológicos, actividades extraescolares etc...

»Estas medidas quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que se establezcan definitivamente en la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

»No se realiza especial imposición de costas».

4.- La procuradora Dña. Inmaculada Morales Armero contestó a la reconvencción formulada de contrario con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando al juzgado:

«Tener por contestada la reconvencción planteada de adverso, que deberá de desestimarse en su integridad, dando por reproducida nuestra demanda y nuestro suplico principal».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tomelloso se dictó sentencia, con fecha 18 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Morales Armero, en nombre y representación de doña Virginia , contra don Fabio , debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio formado por los cónyuges D. Fabio y Dña. Virginia con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, acordando las siguientes medidas:

»1º.- Los cónyuges podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia.

»2º.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando, salvo pacto en contrario, la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

»3º.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar sito en CALLE000 n° NUM000 de la localidad de Argamasilla de Alba a los cuatro hijas menores de edad del matrimonio, así como a su madre, con todos los enseres y muebles incluidos en ella. Siendo a cargo de ambos cónyuges por mitad, el pago de IBI, seguro del hogar y demás gastos ocasionados de la titularidad de dicho inmueble, mientras que los gastos derivados del uso, tales como los suministros, serán a cargo de quien disfruta el inmueble, esto es la progenitora custodia, doña Virginia .

»4º.- La guardia y custodia de la menor se encomienda a la madre, quedando compartida la patria potestad que se ostentará y ejercerá por ambos progenitores.

»5º.- El régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, don Fabio será el siguiente: fines de semana alternas desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, con pernocta, con recogida y entrega de los menores en el domicilio donde residan con su madre. Además, tendrá derecho a tenerlos en su compañía dos días entre semana, que en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves, de 16.30 a 20.00 horas. Sin embargo, a diferencia del auto de medidas provisionales, se establece dicho régimen para los cuatro hijos, incluida Raquel , que en la actualidad cuenta con NUM003 .

»En cuanto a las vacaciones estivales, de Navidad y Semana Santa, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el régimen de visitas será el siguiente: la mitad de las vacaciones de Semana Santa se sitúa en el Miércoles Santo; el cambio en las vacaciones de Navidad, debe realizarse el día 31 de diciembre a las 12.00 horas, y las vacaciones de verano se dividen en cuatro quincenas (del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto). Se entiende además que la primera quincena comienza a estos efectos en el día de las vacaciones escolares, de forma que el progenitor que disfrute dicha quincena, disfrutará de los menores desde el inicio de las vacaciones de verano hasta el 15 de julio. Y de forma idéntica con el final, comprendiendo desde el 16 de agosto hasta el inicio del curso escolar. La recogida y entrega se realizará a las 12.00 horas de cada día 15 y del inicial de cada período. Debiendo decidirse que período vacacional corresponde a cada progenitor de común acuerdo, y en defecto de acuerdo, corresponde a la madre elegir los años pares, y al padre los impares. Régimen que es aplicable a los cuatro hijos menores.

»Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas de fines de semana, y el intersemanal.

»6º.- Se señala una pensión alimenticia a cargo del el padre de 200 euros mensuales a cada uno de los hijos (800 euros), que abonará por meses adelantados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que haya designado la madre y se actualizará anualmente, sin necesidad de previo requerimiento, con arreglo a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo y con efectos al 1 de enero.

»Asimismo los gastos extraordinarios ocasionados por los menores, habrán de ser abonados por mitad, al 50 % por cada progenitor.

»7º.- Don Fabio deberá satisfacer a Dña. Virginia en concepto de pensión compensatoria el importe de 100 euros mensuales durante dos anualidades completas. Dicha cantidad habrá de abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año en la cuenta que al efecto designe la demandante, y se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, sin necesidad de previo requerimiento alguno, en la misma proporción que varíe el IPC publicado por el INE.

»8º.- En cuanto a las cargas del matrimonio corresponderá a ambos litigantes asumir al 50% los gravámenes que afecten a bienes comunes.

»9º.- La sentencia firme de divorcio produce la disolución del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.

»No se hace especial pronunciamiento sobre costas procesales».

Y en fecha 17 de octubre de 2013, dictó auto de aclaración y rectificación cuya parte dispositiva señala:



«Acuerdo rectificar el fallo de la sentencia recaída en el presente procedimiento de fecha 18 de julio de 2013 en su punto 5.º que quedará redactado de la siguiente manera:

»5.º- El régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, don Fabio será el siguiente: fines de semana alternos desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, con pernocta, con recogida y entrega de los menores en el domicilio donde residan con su madre. Además, tendrá derecho a tenerlos en su compañía dos días entre semana, que en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves, de 16.30 a 20.00 horas. Sin embargo, a diferencia del auto de medidas provisionales, se establece dicho régimen para los cuatro hijos, incluida Raquel , que en la actualidad cuenta con NUM003 .

»En cuanto a las vacaciones estivales, de Navidad y Semana Santa, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el régimen de visitas será el siguiente: la mitad de las vacaciones de Semana Santa se sitúa en el Miércoles Santo; el cambio en las vacaciones de Navidad, debe realizarse el día 31 de diciembre a las 12.00 horas, y las vacaciones de verano se dividen en cuatro quincenas alternativas, no sucesivas (del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto). Se entiende además que la primera quincena comienza a estos efectos en el día de las vacaciones escolares, de forma que el progenitor que disfrute dicha quincena, disfrutará de los menores desde el inicio de las vacaciones de verano hasta el 15 de julio. Y de forma idéntica con el final, comprendiendo desde el 16 de agosto hasta el inicio del curso escolar. La recogida y entrega se realizará a las 12.00 horas de cada día 15 y del inicial de cada período. Debiendo decidirse que período vacacional corresponde a cada progenitor de común acuerdo, y en defecto de acuerdo, corresponde a la madre elegir los años pares, y al padre los impares. Régimen que es aplicable a los cuatro hijos menores.

»Durante los períodos vacaciones se suspenderá el régimen de visitas de fines de semana, y el intersemanal".

»Notifíquese la presente resolución a las partes, haciendo constar que contra la misma no cabe recurso alguno.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes demandante y demandado, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia, con fecha 10 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: La sala, por unanimidad y estimando parcialmente el recurso de apelación articulado por la representación procesal de D.^a Virginia y por la procesal representación de D. Fabio , ambos contra la sentencia dictada con fecha 18 de julio de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Tomelloso , en los autos de juicio civil sobre divorcio contencioso, seguidos ante dicho juzgado bajo el número 794/2012, debemos confirmar y confirmamos la misma excepto en los extremos relativos a declarar que la pensión compensatoria a favor de D.^a Virginia lo será por importe de 200 euros mensuales y por un período de 3 años, debiendo D. Fabio contribuir a los gastos extraordinarios en una proporción del 80%, y finalmente estableciendo que la atribución de uso de la vivienda familiar lo será hasta que el hijo de menor edad alcance la mayoría de edad (Raquel); y sin que haya lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada como consecuencia de ambos recursos».

TERCERO.- 1.- Por D. Fabio se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2 LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto, por infracción del art. 218.1 LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española : incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469.1.4 LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE , en su vertiente a la práctica de prueba pertinente, al denegar recabar la vida laboral de la actora.

E Interpuso recurso de casación por interés casacional basado en:

Motivo primero.- Infracción de los arts. 92.5 , 6 y 7 del Código Civil , y oposición a la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de la Sala Primera de **Tribunal Supremo** de 18 de noviembre de 2014, (RC 421/2014) y de 16 de febrero de 2015 (RC 2827/2013) que interpretan dicho articulado.

Motivo segundo.- Infracción del art. 96 del CC , en relación con el art. 33 de la Constitución Española , y oposición a la doctrina jurisprudencia sentada por la sentencia de la SSTS, Sala 1ª, de 30 de abril de 2012 (RC 84/2011) y de 21 de junio de 2011 (RC 1766/2008) que interpretan dicho articulado.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 30 de marzo de 2016 , se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación, y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María del Carmen Azpeitia Bello, en nombre y representación de Dña. Virginia , presentó escrito de oposición a los mismos y, por su parte, el Ministerio Fiscal se opusó también a los recursos solicitando la desestimación de ambos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Se formula demanda por Dña. Virginia , solicitando que se decrete el divorcio contra D. Fabio ; la demandante, pide la guarda y custodia de los cuatro hijos, y un régimen de visitas a favor del padre no custodio, solicita 300 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos para cada uno de los hijos menores de edad y 500 euros al mes como pensión compensatoria siempre que la esposa carezca de recursos económicos propios y que se declare la obligación del demandado de abonar el 80% de los gastos extraordinarios de los menores.

El demandado se opone y solicita la custodia para él o subsidiariamente el establecimiento de guarda y custodia compartida. Se opone a que la vivienda familiar se atribuya por completo a la madre y se opone en cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos para los hijos, así como a la atribución de una pensión compensatoria.

La sentencia de primera instancia, atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a la madre y la guarda y custodia de los cuatro menores, a la madre, fijándose un régimen de visitas a favor del padre, como pensión por alimentos el padre debe abonar 200 euros mensuales, a cada uno de los hijos y los gastos extraordinarios serán al 50%, se fija una pensión compensatoria por importe de 100 euros mensuales durante dos anualidades.

El demandado solicitó la práctica de prueba ante la Audiencia y por auto de 8 de enero de 2015, se denegó en cuanto resulta innecesario el informe pericial, para decidir sobre la atribución de guarda y custodia, asimismo resulta innecesario también el informe de la vida laboral de la demandante. Se recurrió en reposición y por auto de 6 de febrero de 2015, se desestima el recurso de reposición.

Se formula recurso de apelación por ambas partes, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, estima parcialmente los recursos, y en consecuencia confirma la sentencia de primera instancia excepto los extremos siguientes: relativo a declarar que la pensión compensatoria a favor de la demandante, lo será por importe de 200 euros mensuales y por un período de tres años, debiendo el demandado D. Fabio contribuir a los gastos extraordinarios en una proporción del 80% y la atribución del uso de la vivienda familiar lo será hasta que la hija menor (Raquel) alcance la mayoría de edad.

Frente a la sentencia dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, se interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

El recurso de casación tiene dos motivos.

El primero se fundamenta en la infracción del art. 92.5, 6 y 7, en cuanto la sentencia recurrida se aparta de la interpretación que la doctrina de la Sala mantiene sobre la custodia compartida. Cita el recurrente la sentencia de 18 de noviembre de 2014 y la sentencia de 16 de febrero de 2015 .

El recurrente denuncia que la Audiencia Provincial se decanta por el sistema de custodia exclusiva a favor de la madre, porque fue el régimen adoptado en sede de medidas cautelares, y se ha desempeñado con normalidad, por lo que debe mantenerse y recoge una afirmación genérica de que existen desavenencias entre los cónyuges, pero no refiere cuales son estas desavenencias.

El recurrente mantiene que en atención a la doctrina de la Sala, el hecho de que se adopte una medida de guarda y custodia exclusiva, a favor de un progenitor con anterioridad, en absoluto veda la posibilidad de optar por el sistema de guarda y custodia compartida con posterioridad, siempre atendiendo al interés de los menores. Según el recurrente no concurre ninguna circunstancia que impida este régimen pues la Audiencia en el fundamento de derecho segundo, no refiere ninguna ineptitud de D. Fabio para el ejercicio de la guarda y custodia.

El segundo tiene como fundamento la infracción del art. 96 C.C en relación con el art. 33 CE conforme a la doctrina de la Sala que se recoge en la sentencia de 30 de abril de 2012 , y 21 de junio de 2011 , pues la vivienda conyugal es privativa del Sr. Fabio , está dividida físicamente en tres plantas y el demandado ha solicitado que exclusivamente se atribuya a los hijos menores la entreplanta. Se denuncia por el demandado que se vulnera la doctrina de la sala sobre la posibilidad de división en varias partes del inmueble que constituye el domicilio conyugal, pues la atribución a los menores del uso limitado a varias partes del inmueble, en absoluto



afecta a su interés, pues no hay duda de que las partes resultantes de tal partición no reúnan los requisitos de habitabilidad.

El recurso extraordinario por infracción procesal, tiene dos motivos.

El primero al amparo del art. 469.1.2.º LEC , denuncia el recurrente la infracción del art. 218.1 LEC , en relación con el art. 24 C.E por incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida, en cuanto a la petición de la pensión compensatoria, pues la demandante solicitó en la demanda la suma de 500 euros al mes, siempre que carezca de recursos económicos, y en el escrito de apelación solicita que se fije una pensión por importe de 400 euros por un período de 12 años.

La sentencia recurrida acuerda subir la cuantía de la pensión a la suma de 200 euros durante un período de tres años, se ha fijado una pensión con un límite temporal que no fue pedido por la parte, y que su pretensión fue modificada en el momento de la apelación de manera que debió desestimarse por el tribunal de apelación al tratarse de una cuestión nueva que no fue planteada en estos términos en la instancia.

El segundo al amparo del art. 469.1 , 4.º LEC , denuncia la vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE en su vertiente del derecho a la práctica de prueba, al haber sido denegada la petición de recabar la vida laboral de la actora. Se infringe lo dispuesto en el art. 752 LEC , que permite la alegación y prueba incluso en fase de recurso de cualesquiera elementos necesarios para la formación de convicción sobre materias que no pueden ser objeto de disposición de las partes, como lo es en este caso el extremo de las retribuciones que percibe al Sra. Virginia que deben ponderarse para fijar las pensiones de alimentos de los menores. Cuestión que fue denegada por auto de 8 de enero de 2015, y formulado recurso de reposición fue desestimado por auto de 6 de febrero de 2015.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- Motivo primero. Al amparo del art. 469.1.2 LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto, por infracción del art. 218.1 LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española : incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida.

Se desestima el motivo.

El primer motivo al amparo del art. 469.1.2.º LEC , denuncia el recurrente la infracción del art. 218.1 LEC , en relación con el art. 24 C.E por incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida, en cuanto a la petición de la pensión compensatoria, pues la demandante solicitó en la demanda la suma de 500 euros al mes, siempre que carezca de recursos económicos, y en el escrito de apelación solicita que se fije una pensión por importe de 400 euros por un período de 12 años.

Esta Sala debe declarar que frente a las peticiones de la parte demandante, en la sentencia recurrida se concede una pensión compensatoria mucho más reducida, cual es la de doscientos euros, por un período de tres años, por lo que se ha movido en los parámetros que las partes han debatido, sin generar indefensión ni exceder de los límites que la congruencia exige, todo ello sin perjuicio de que pese al pronunciamiento de la sentencia recurrida, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 100 y 101 del C. Civil , para los supuestos de modificación y extinción. Por todo lo expuesto no se han infringido los arts. 218 de LEC y 24 de la Constitución .

TERCERO .- Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1.4 LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE , en su vertiente a la práctica de prueba pertinente, al denegar recabar la vida laboral de la actora.

Se estima el motivo.

En el segundo motivo, al amparo del art. 469.1 , 4.º LEC , denuncia la vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE en su vertiente del derecho a la práctica de prueba, al haber sido denegada la petición de recabar la vida laboral de la actora. Se infringe lo dispuesto en el art. 752 LEC , que permite la alegación y prueba incluso en fase de recurso de cualesquiera elementos necesarios para la formación de convicción sobre materias que no pueden ser objeto de disposición de las partes, como lo es en este caso el extremo de las retribuciones que percibe al Sra. Virginia que deben ponderarse para fijar las pensiones de alimentos de los menores. Cuestión que fue denegada por auto de 8 de enero de 2015, y formulado recurso de reposición fue desestimado por auto de 6 de febrero de 2015.

En la sentencia recurrida se declara que no se prueba la actividad laboral de Dña. Virginia , y que bien pudo el demandado pedirlo durante el procedimiento como prueba, sin necesidad de articularlo en la alzada.



Por otro lado consta que dicha prueba (informe de vida laboral) se pidió, al amparo del art. 752 LEC, al oponerse al recurso de apelación de Dña. Virginia, fue denegada y desestimado el recurso de reposición, como ya hemos referido por auto de 6 de febrero de 2015, al entender que era innecesario.

Esta Sala debe declarar que los ingresos de Dña. Virginia pueden ser relevantes en orden a la fijación de los alimentos que han de percibir los menores, pues los mismos se fijan con arreglo al principio de proporcionalidad de los ingresos de los que han de prestarlos, conforme al art. 145 C. Civil.

El recurrente hizo constar que la que fue su esposa estaba trabajando como conserje del Ayuntamiento y pese a ello ni el tribunal acepta una prueba tan relevante ni la propia recurrida, en su legítimo derecho, aporta información alguna al respecto.

Por todo ello esta Sala debe declarar que se ha provocado indefensión a la parte recurrente dado que no se le ha permitido probar un extremo de esencial importancia como eran los posibles ingresos de la que fue su esposa, aspecto que no pudo probar antes, dado que la situación se planteó, tras estar interpuesto el recurso de apelación (art. 469 LEC y art. 24 de la Constitución).

En base a lo declarado no procede entrar en el análisis del recurso de casación, debiendo anularse la sentencia recurrida, ordenando que se repongan las actuaciones al momento de resolver la prueba propuesta en segunda instancia, la que se declara admisible, debiendo el tribunal de apelación solicitar el informe de vida laboral de la demandante, tras lo que dictará nueva sentencia, resolviendo la totalidad de las cuestiones planteadas, todo ello a la mayor premura.

CUARTO .- No procede imposición de costas en los recursos interpuestos (arts 394 y 398 LEC).

Procedase a la devolución de los depósitos para recurrir en infracción procesal y en casación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fabio, contra sentencia de 10 de febrero de 2015 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real. **2.º**- Anulamos la sentencia recurrida, ordenando que se repongan las actuaciones al momento de resolver la prueba propuesta en segunda instancia, la que se declara admisible, debiendo el tribunal de apelación solicitar el informe de vida laboral de la demandante, tras lo que dictará nueva sentencia, resolviendo la totalidad de las cuestiones planteadas, todo ello a la mayor premura. **3.º**- No procede imposición de costas en los recursos interpuestos. **4.º**- Procedase a la devolución de los depósitos para recurrir en infracción procesal y en casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.