



Roj: **STS 213/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:213**

Id Cendoj: **28079110012018100052**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2018**

Nº de Recurso: **1352/2017**

Nº de Resolución: **60/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 60/2018

Fecha de sentencia: 02/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1352/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1352/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 60/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 2 de febrero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2016, dictada en recurso de apelación 1395/2015, de la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso 163/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Liria (Valencia); recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Socorro, representada en la apelación por la procuradora Dña. María González González, bajo la dirección letrada de Dña. Alejandra Botella Carbonell, ambas del turno de oficio, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María Isabel Salamanca Álvaro en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Eulalio, representado por la procuradora Dña. Yolanda García Hernández, bajo la dirección letrada de D. Sebastián Collado Berruga, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Socorro, representada por la procuradora Dña. Isabel Luzzy Aguilar y bajo la dirección técnica de la letrada Dña. Susana Izquierdo Giménez, interpuso demanda de juicio de divorcio contra D. Eulalio y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado:

«Tener por interpuesta demanda de divorcio, a instancias de mi representada Socorro, contra Eulalio, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, y dé traslado de la misma al demandado así como al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que si les interesare la contesten, y en su momento señale día y hora para la celebración de la vista a la que deberán concurrir personalmente todas las partes comparecidas, asistidas de sus letrados, con los apercibimientos legales de rigor, caso de su incomparecencia, y tras la práctica de la prueba, cuyo recibimiento dejamos ya interesado, que las partes solicitaren, dentro del plazo legal, dicte en su día sentencia, acordando el divorcio de los cónyuges, y acuerde como medidas definitivas del mismo las siguientes:

»1.- Situación de la menor. Régimen de convivencia de los progenitores con su hija: se solicita que se atribuya a mi representada la guarda y custodia del hijo menor, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2.- Régimen de comunicación y estancias del menor con su padre: se propone a favor del progenitor no custodio el régimen de comunicación siguiente:

»A) Ordinario: A fin de garantizar el derecho del padre a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones con su hijo, y que sea lo más fluido y constante posible en beneficio de la menor, éste podrá estar en compañía del menor siempre que lo desee, preavisando a la madre con 24 horas de antelación, y siempre que no perjudique horarios de comida y descanso o actividades del menor.

»En todo caso, el Sr. Eulalio podrá estar con el menor los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 h. y los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes por el domingo a las 20.00 h.

»En cuanto a los cumpleaños de los progenitores, así como el día de la madre y el día de padre, podrán pasar ese día con el menor, comunicándolo así al otro progenitor con la antelación debida.

»Las entregas y recogidas del menor se efectuarán en el domicilio materno.

»B) Extraordinario: Respecto a las vacaciones escolares de fallas, Navidad, Semana Santa y verano se disfrutarán al 50% entre los progenitores. En caso de desacuerdo para el periodo de disfrute, el padre elegirá los años pares y la madre los impares.

»Se tomará en consideración que las vacaciones de Navidad tienen una duración de 14 días, desde el día 24 de diciembre hasta el día 6 de enero, correspondiendo todos los años 7 días a cada progenitor, en relación a dos periodos, el primero desde el 24 hasta el 30 de diciembre, ambos inclusive, y el segundo periodo desde el 31 de diciembre al 6 de enero, también ambos inclusive. El padre en el periodo que le corresponda tendrá a su hijo desde la comida del primer día del periodo hasta después de la cena del último día del periodo.

»Se tomará en consideración que las vacaciones de Pascua tienen una duración de 12 días, desde el Jueves Santo hasta el día de San Vicente, correspondiendo todos los años 6 días a cada progenitor, en relación a dos periodos, el primero desde el Jueves Santo hasta el Martes de Pascua, ambos inclusive, y el segundo periodo desde el Miércoles de Pascua al día de San Vicente, también ambos inclusive. El padre, en el periodo que le corresponda, tendrá a su hijo desde la comida del primer día del periodo y hasta después de la cena del último día del periodo.



»En lo referente a las vacaciones escolares de verano, salvo que las partes acuerden expresamente otro reparto, un progenitor estará en compañía de su hijo la primera mitad de los días de vacaciones correspondientes al mes de junio, la primera mitad del mes de julio, la primera mitad del mes de agosto y la primera mitad de los días de vacaciones del mes de septiembre y el otro progenitor estará en compañía de la menor las segundas mitades de los referidos periodos. En caso de desacuerdo en los periodos de disfrute, el padre elegirá los años pares y la madre los impares.

»C) Régimen de visitas para los abuelos.

»Se solicita que cada cónyuge vele para que el hijo del matrimonio esté en compañía y se relacione con sus abuelos maternos y paternos, dentro del período de disfrute o tenencia de la menor con sus respectivos progenitores.

»3.- Uso del domicilio conyugal: El uso de domicilio familiar sito en Bétera, CALLE000 , NUM000 - NUM001 , así como el mobiliario y ajuar doméstico contenido en el mismo, se solicita se atribuya a la esposa y al menor, por ser el bien jurídico más necesitado de protección y ser preceptivo conforme al artículo 96 del Código Civil , y art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana , de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

»4.- Gastos de atención a los hijos: Se solicita que se fije en este concepto la suma de 500,00.-€. mensuales para el hijo, así como el pago de los gastos escolares, que deberán ser ingresados en la cuenta que se designe al efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y revisada anualmente conforme a los índices que al efecto publique el I.N.E. u organismo que lo sustituya, debiendo abonarse desde la fecha de la interposición de la demanda.

»En cuanto a los gastos extraordinarios, los necesarios, notificando el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo, deberán ser asumidos conjuntamente por ambos progenitores y por mitad, sin perjuicio de que en caso de que no sea aceptado se resuelva judicialmente la controversia. A estos efectos se consideran como tales gastos extraordinarios necesarios, los derivados de enfermedad grave o prolongada, intervención quirúrgica, internamiento en centros sanitarios y, en general, los médicos, sanitarios y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros concertados por los padres que sean imprescindibles para el cuidado sanitario del menor; los de educación tales como los libros de texto y el material que se devengue al inicio del curso y las clases particulares que sean necesarias para la superación de los cursos de forma satisfactoria, atendidas las circunstancias concretas de cada caso. Y así mismo, los derivados de los estudios universitarios y postuniversitarios y de capacitación profesional en las cuantías que no estén subvencionados.

»Los gastos extraordinarios no necesarios, entendiéndose como tales todo aquel que aún siendo adecuado para la educación o sanidad no resulte imprescindible para los fines antedichos, las actividades extraescolares, campamentos de verano, actividades deportivas u otros de análoga naturaleza se satisfarán por ambos cuando exista acuerdo de los dos en su realización. En caso contrario se satisfarán por el que contraiga la obligación.

»Los gastos extraordinarios se acreditarán mediante la correspondiente factura, certificado emitido o documento en el que conste el concepto y la naturaleza del mismo. La comunicación del mismo se efectuará por cualquier medio que garantice su recepción. Si el progenitor al que se le comunique el mismo no contesta en un plazo de 10 días, se entenderá que presta su consentimiento de forma tácita.

»5.- Pensión compensatoria.

»Se solicita una pensión compensatoria de 1.100,00.-€ mensuales, y durante tres años o hasta que la misma encuentre un trabajo remunerado y estable.

»Así, el art. 97 del Código Civil establece que:

»El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

»A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

»1.^a- Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

»2.^a- La edad y el estado de salud.

»3.^a- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

- »4.^a- La dedicación pasada y futura a la familia.
- »5.^a- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- »6.^a- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- »7.^a- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- »8.^a- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- »9.^a- Cualquier otra circunstancia relevante.

»Pues bien, mi mandante dejó de trabajar para trasladarse junto al Sr. Eulalio a Varsovia donde este trabajaba, regresando a España al año del matrimonio, y dedicándose mi representada a su familia desde el inicio de la convivencia. En consecuencia, el divorcio produce en la Sra. Socorro un desequilibrio económico respecto del Sr. Eulalio .

»Asimismo, hay que hacer constar que el esposo continua ingresando en la cuenta de la Sra. Socorro la cantidad de 1.600.-€ como venía realizando antes de la ruptura.

»Y todo ello con expresa imposición de costas al demandado, si se opusiere a nuestras pretensiones, conforme prevé el artículo 394 de la LEC ».

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, interesando al juzgado:

«Que tenga por personado al Ministerio Fiscal y por contestada la demanda y, en su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

3.- El demandado D. Eulalio , representado por el procurador D. José Alario Mont y bajo la dirección letrada de D. Sebastián Collado Berruga, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que acuerde el divorcio de los referidos cónyuges con aprobación de las medidas definitivas, conforme a los términos expuestos en nuestro escrito rector de contestación a la demanda, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas».

Y en la contestación a la demanda, en el hecho cuarto y siguientes de la misma, manifiesta respecto a los hechos y las medidas definitivas:

«Cuarto.- Nos oponemos a lo pretendido de contrario, conforme al correlativo.

»- Régimen de convivencia de los progenitores con su hijo menor edad.

»Tal y como ya se interesó en la pieza de medidas provisionales, y así acordado por el juzgador en su auto n.º 56/2015 de 12 de marzo de 2015, interesamos el establecimiento de guarda y custodia compartida, conforme a los criterios generalistas establecidos en la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalidad Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, y en especial el artículo 5, punto 2º de la citada Ley que establece que "Como regla general, se atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos".

»Nos oponemos al resto de argumentos a favor de la guarda y custodia monoparental a favor de la madre, por las propias razones que recoge el auto de medidas provisionales de este Juzgado en la pieza de medidas.

»Y partiendo del criterio generalista ya adoptada en el citado auto de medidas provisionales de este Juzgado, se solicita el siguiente régimen

»A).- Régimen de comunicación y estancias con los hijos menores del matrimonio.

»La patria potestad del hijo menor corresponderá su ejercicio a ambos progenitores.

»La guarda y custodia del hijo menor del matrimonio se atribuye de modo compartido a ambos progenitores, cuyo ejercicio se regulará por semanas alternas, desde el lunes a la salida del colegio del menor hasta el lunes siguiente a su entrada en el colegio.

»Se establece una estancia intersemanal a favor del progenitor no custodio esa semana, desde el jueves a la salida del colegio hasta la 20 horas que será reintegrado al domicilio del cónyuge custodio.



»Los domicilios donde permanecerán los menores son los que en cada momento estén residiendo sus progenitores, siendo el de mi representado el que queda fijado en el encabezamiento de la presente contestación.

»B).- Régimen de estancias en periodo vacacional.

»1.- Durante los meses de julio y agosto, corresponderá alternativamente a cada progenitor estar en compañía de su hijo por períodos quincenales. Dichos periodos serán alternativos para cada año natural, correspondiendo al padre la primera quincena de los años pares, y a la madre la segunda quincena de dichos años y así sucesivamente, salvo acuerdo expreso de los progenitores.

»2.- Durante las vacaciones de Navidad, las menores estarán en compañía del padre desde la salida del último día de colegio hasta el 30 de diciembre a las 10 horas, momento en que pasará a estar en compañía de la madre hasta el primer día lectivo, excepción hecha del día de Reyes, que pasará con el padre desde las 12 horas hasta las 20 horas del día 6 de enero, en que será restituido a su madre. Dichos periodos serán alternativos para cada año natural, eligiendo el padre los años pares y la madre los siguientes, salvo acuerdo expreso de los progenitores.

»3.- Los menores pasarán la mitad de las vacaciones de fallas con cada progenitor, atribuyéndose la primera mitad al padre, la segunda a la madre y así alternativamente para cada año natural.

»4.- Durante las vacaciones de Semana Santa no se alterará el régimen semanal establecido con carácter general, esto es; semanas alternas para cada uno de los cónyuges.

»5.- Con independencia del régimen general establecido, el menor pasará con el padre el día del padre y el cumpleaños de éste, y con la madre el día de la madre y el cumpleaños de ésta.

»6.- El día del cumpleaños del hijo menor, si recayera en un día lectivo, el progenitor no custodio lo recogerá a la salida del colegio y lo restituirá al custodio a las 20 horas. Si recayera en un día festivo, el progenitor no custodio lo recogerá a las 10 horas y lo restituirá al custodio a las 17 horas.

»Cuando cualquier recogida del menor haya de tener lugar en día no lectivo, ésta se producirá en el lugar donde el menor se encuentre, es decir, en los domicilios respectivos de cada progenitor.

»Con independencia del anterior régimen acordado, cada progenitor, previa comunicación con el que el menor estuviera conviviendo en ese momento, contando con su aprobación, y siempre que las necesidades escolares del menor, su estado de salud y demás condicionantes lo permitan, podrá visitarlo fuera de los períodos anteriormente acordados.

»Los progenitores podrán comunicar vía telefónica con su hijo, siempre que no altere dicha comunicación de forma sustancial sus quehaceres diarios.

»C) Uso del domicilio conyugal.

»Toda vez que dicho domicilio conyugal está fuera de la esfera patrimonial de alguno de los progenitores, ya que como quedó acreditado en la pieza de medidas provisionales a la cual nos remitimos como documentos probatorios, dicha vivienda es propiedad de la entidad mercantil Eliaval, S.L. con CIF B-96965975, sociedad patrimonial de la familia de mi representado, nos oponemos a que dicho domicilio constituya de forma permanente y estable el domicilio de la actora, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, queda excluido el uso del domicilio conyugal al no formar parte de la esfera patrimonial de ninguno de ellos, debiendo, en consecuencia, ser el propietario quién disponga del citado inmueble conforme a derecho.

»Para ello, Véase la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos de otorgamiento de la vivienda familiar propiedad de un tercero a uno de los cónyuges y sus citadas resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia, así como la existencia del precario que predicen:

»- STS de 30 de junio de 2009 y a la que refiere la STS de 18 de enero de 2010 .

»- STS de 18 de marzo de 2011 que se remite a las SSTS de 26 de diciembre de 2005, 30 de junio de 2009, 22 de octubre de 2009, 14 de julio de 2010, 11 de noviembre de 2010 o 22 de noviembre de 2010 .

»- Sentencia del Tribunal Supremo, pleno de la sala de 18 de enero de 2010, remitiéndose a la sentencia de pleno de sala de 14 de enero de 2010 (RC núm. 2806/2000), que declaraban que el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección"... diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una



posesión simplemente tolerada por la condescendencia del propietario. En este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC EDL 1889/1 no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges".

»- En idéntico sentido se citaba la STS 14 de marzo de 2013 .

»La sentencia impugnada también analizó la posición más reciente de esta Audiencia Provincial, citando, otras en la sentencia de 24 de junio de 2011 estableciendo que los motivos de oposición (idénticos a los alegados por los demandados) "no son aplicables a los abuelos que ceden la vivienda, sino que se trata de una obligación que han de asumir los progenitores, por lo tanto, la existencia de un menor con necesidades especiales de protección deberá resolverse en el seno del procedimiento de familia o mediante la petición de alimentos a los ascendientes, pero no convirtiendo la sentencia de separación o divorcio en título posesorio, puesto que dicho extremo ha sido negado de forma reiterada por la jurisprudencia.

»Por tanto, la vivienda que ha sido familiar y conyugal, no debe adjudicarse a la esposa, con el carácter de indefinido que pretende, sino al ser propiedad de un tercero, debe excluirse del ámbito de aplicación de las relaciones familiares que la Ley 5/2011 de 11 abril contempla.

»D).- Pensión de alimentos a favor del menor.

»Habida cuenta de la petición de guarda y custodia compartida y las razones por las que el juzgador así optó en su auto 56/2015, se excluye la pensión de alimentos respecto al menor de edad, debiendo cada progenitor sufragar al 50% todos los gastos tanto ordinarios como extraordinarios del hijo menor, debiendo en consecuencia aperturar una cuenta bancaria a tal fin y aportar con tal carácter la misma cantidad ambos progenitores para domiciliar los gastos del menor.

»Cualquier gasto extraordinario que tenga tal consideración serán, asimismo, sufragados por los progenitores por mitades, debiendo entenderse por gastos los estrictamente necesarios a tal fin, como gastos de enfermedad no cubiertos por el régimen general de la S. Social, así como los farmacéuticos, y en caso de discrepancia, será la autoridad judicial quién lo determine.

»E).- Pensión compensatoria a favor de la actora.

»Nos oponemos a las razones expuestas por la actora en el análisis de la situación del Sr. Eulalio , ya que ni cobra actualmente lo pretendido por la actora ni ingresa la citada cantidad conforme a lo expuesto.

»Nuestro representado, como todo matrimonio, ingresaba la cantidad de 1.600.-€/mes con cargo a la nómina que venía percibiendo por importe 4.000.-€ aproximadamente.

»Pero es a partir del mes de enero de 2015 y motivado por determinadas circunstancias coyunturales y económicas de la empresa donde presta sus servicios laborales, cuando se ve reducida su nómina considerablemente hasta la cuantía de 2.500.-€/mes, cuyo examen viene recogido en el informe pericial que fue acompañado como prueba documental a la pieza de medidas provisionales y que por economía procesal nos remitimos a la citada pieza y aquellos documentos.

»No es situación ni caprichosa ni creada al efecto para reducir la posible pensión de alimentos, sino situación real y coyuntural del mercado empresarial al que mi representado no tiene poder de disposición, siendo un empleado más junto a parte de su familia, sin poder de dirección ni mandato.

»Y hasta mitad de diciembre de 2014 que se marchó de forma voluntaria del domicilio conyugal por acuerdo entre los litigantes, y dado que inicialmente la guarda y custodia del menor quedó en favor de la esposa, mi representado ingresó cantidades para el sustento y amparo de la esposa e hijo menor, siendo más cantidades obligadas para poder ver a su hijo sin problema alguno que por economía propia y disponibilidad económica.

»Como quiera que la esposa, incluso constante matrimonio, tuvo acceso al mercado laboral de dependienta de tiendas de moda de reconocido prestigio, y dado su edad apenas más de 30 años, se propone una pensión compensatoria por periodo de un año desde la resolución judicial y en cuantía de 450.-€/mes, no debiendo establecerse el periodo fijado por la actora de 3 años y en la cuantía desorbitada de 1.100 €, superior al poder adquisitivo de mi representado e incluso contrario a las normas mínimas de acceso al mercado laboral, ya que de lo contrario y estimarse su petición no tendría sentido ser demandante de empleo y percibir igual o menor cantidad que la que el esposo viene obligado a su pago.

»No obstante, si durante el plazo del año que interesamos y que deba surtir efectos la pensión compensatoria, la actora se incorporara al mercado laboral con ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional, deberá automáticamente cesar el pago de dicha pensión compensatoria y, en consecuencia su extinción.



»No es valorable en el presente procedimiento que la actora tenga una hija de 12 años de edad de anterior matrimonio o unión de hecho, ni para determinar la custodia monoparental ni para determinar el importe de la pensión compensatoria a favor de la misma, ya que como así consta acreditado en la causa, la anterior hija de la actora percibe ingresos procedentes de su padre y ayuda familiar para la actora.

»F).- Por lo que respecta al régimen de relación de los menores con los abuelos y otros parientes allegados, los progenitores procurarán que dicha relación sea lo más fluida y frecuente posible, y en particular, respecto de los abuelos, los progenitores cuidarán de que tal relación lo sea durante el periodo que cada progenitor está al cuidado de los menores, siempre que ello no altere sus quehaceres escolares o extraescolares».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Liria se dictó sentencia, con fecha 14 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo acordar y acuerdo la disolución del vínculo matrimonial por razón de divorcio de Socorro y Eulialio con todos los efectos legales inherentes acordando las siguientes medidas:

»- El establecimiento de una guarda y custodia compartida del hijo menor, siendo la patria potestad igualmente compartida por semanas alternas de lunes a lunes con recogida y entrega en el centro escolar.

»- El establecimiento del siguiente régimen de visitas a favor del no custodio de una tarde intersemanal (los miércoles), desde la salida de la guardería hasta las 20 horas en que será reintegrado al domicilio del custodio.

»- Las vacaciones escolares se dividirán al 50% eligiendo, en caso de desacuerdo, el padre los años pares y la madres los impares.

»- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio, conyugal a la madre.

»- Se establece la obligación de que ambos progenitores contribuyan al 50% al pago de todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, del menor, a cuyo fin, abrirán una cuenta conjunta en la que ingresarán la misma cantidad y en la que se domiciliarán los gastos del mismo.

»- A fin de que la Sra. Socorro disponga de liquidez para abonar esos gastos y los generales, se establece una pensión con cargo al Sr. Eulialio de 600.-€ mensuales, pagaderos dentro de los 5 primeros días del mes en la cuenta bancaria que designe la madre.

»- Caso de que la Sra. Socorro tenga que abandonar el domicilio familiar, el demandado abonará el 50% de la cuota de arrendamiento, con un máximo de 300.-€ mensuales.

»- Caso de que la Sra. Socorro encuentre un empleo retribuido por importe superior al SMI, las cantidades se reducirán en un 50%. Si el salario fuese superior a los 1.200.-€ se reducirán en un 66% y si fuese superior a los 1.500.-€ cesará el pago de cualquier cantidad salvo el 50% de los gastos.

»- No se establece pensión compensatoria alguna.

»- No se efectúa condena en costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 14 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»Primero.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Liria el día 14 de julio de 2015.

»Segundo.- Revocar la citada sentencia para declarar que el demandado debe pagar a la actora una pensión compensatoria de 400 euros al mes durante dos años a partir de esta sentencia, y 200 euros al mes en concepto de contribución a los gastos ordinarios del hijo.

»Tercero.- Confirmar la sentencia en todo lo demás.

»Cuarto.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

»En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Socorro se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:



Motivo primero.- Infracción de la norma procesal, resolviendo cuestiones *extra petitum*. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC , por infracción del art. 218.1 y 216 de la LEC , por incongruencia y error patente, ya que la sentencia ha de resolver sobre las pretensiones de las partes pero, sin embargo, decide sobre una cuestión que no era parte del recurso.

Motivo segundo.- Infracción de la norma procesal *reformatio in peius*. La sentencia de apelación vulnera el derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución , al cual se refiere el apartado primero del art. 477.2 de la LEC , relativo al hecho de ver empeorada su situación (la del hijo menor, cuando está bajo la guardia y custodia de su madre) respecto la sentencia recurrida.

Motivo tercero.- Falta de motivación respecto la minoración del derecho a percibir alimentos a partir de los dos años. Infracción del art. 218 de la LEC .

El de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- La protección del menor. La sentencia de apelación supone una merma en los derechos para el menor, que ve reducida la cantidad que tenía derecho a percibir en concepto de pensión de alimentos ya que le resta 400.-€ mensuales de los 600.-€ que tenía concedidos por la sentencia de 1.ª Instancia. Al amparo del art. 477.2.3 de la LEC , por infracción de lo dispuesto en el art. 146 del CC , que fija la cuantía de la pensión en atención al caudal de quien la presta y las necesidades de quien la recibe, así como del principio de protección integral del menor recogido en el art. 39.2 y 3 de la CE y el art. 2 de la Ley 8/2015 de 22 de julio , vulnerando la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que sostiene que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos debe estar informada por el criterio fundamental del relevante *favor filii* , y de las características, naturaleza, destino y fundamento del derecho de alimentos (arts. 142 y ss. del CC , en relación con los arts. 92 , 93 y 154.1), presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 de la LEC pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Motivo segundo. La compensación de pensiones de alimentos. El motivo por el que se le priva indefinidamente de su derecho a percibir 400 euros de la pensión de 600 que tenía reconocidos, (procediendo a adecuar a la baja la misma, según reconoce la propia sentencia), es por la concesión a su madre, de forma temporal, de una pensión compensatoria de 400 euros durante dos años. Pues bien, el art. 151 del CC prohíbe taxativamente la compensación y transmisión del derecho de alimentos. De igual modo, se especifica en los arts. 1195 , 1196 , 1200 y 1202 del mismo texto legal , donde desarrolla la compensación de las obligaciones.

Motivo tercero.- Falta de proporcionalidad. La sentencia de la Audiencia no establece la proporcionalidad entre el caudal de quien la da y quien la recibe, conforme se recoge en el art. 146 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de septiembre de 2017 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Yolanda García Hernández, en nombre y representación de D. Eulalio , presentó escrito de oposición a ambos recursos; por su parte el Ministerio Fiscal manifiesta en su escrito que procede la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 23 de enero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Se formuló demanda de divorcio por D.ª Socorro contra D. Eulalio en la que se solicitaba la guarda y custodia materna con establecimiento de un régimen de visitas ordinario a favor del padre, una pensión de alimentos de 500 euros mensuales y el pago de los gastos escolares, la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar y una pensión compensatoria de 1100 euros.

En primera instancia se mantuvo la custodia compartida y la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar acordada en el auto de medidas. Se cuestionaba la pensión de alimentos y la pensión compensatoria. La sentencia de instancia acordó la guarda y custodia compartida, la atribución del domicilio a la madre aunque la vivienda era propiedad de un tercero (empresa vinculada a la madre del demandado), la contribución de los progenitores al pago de todos los gastos ordinarios y extraordinario al 50% y una pensión de alimentos de 600 euros, precisando que se haría cargo el padre de abonar el 50% de la cuota de arrendamiento con un máximo de 300 euros mensuales si tuviera que abandonar la vivienda familiar y para el caso de que la



madre encontrase un empleo retribuido por importe superior al SMI, que las cantidades se reducirían de la manera expuesta en sentencia. Rechazó el establecimiento de pensión compensatoria, pese a la alegación de la esposa de que abandonó su trabajo cuando contrajo matrimonio para irse con su marido a Varsovia que era donde él trabajaba, habiéndose dedicado desde entonces al cuidado de su familia y su hijo, ya que la duración del matrimonio fue de apenas 5 años, el hijo tenía menos de 3 años cuando se separaron, desde que se casaron hasta que nació el hijo pasaron dos años en los que ella tampoco trabajó, tiene 35 años y experiencia laboral en el sector servicios. Añadió que precisamente se estableció una pensión de alimentos atendiendo a la carencia de ingresos de la madre y que si se fijara una pensión compensatoria carecería de consistencia el argumento de la ausencia de ingresos y habría que rechazar la pensión de alimentos.

Contra dicha sentencia se presentó recurso de apelación por la demandante, insistiendo en la procedencia de fijar una pensión compensatoria a su favor, oponiéndose a la misma el demandado, y la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la esposa, en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar declaró haber lugar a reconocer a la esposa el derecho a la pensión compensatoria con una duración de 2 años, en el importe de 400 euros mensuales y 200 euros al mes en concepto de contribución a los gastos ordinarios del hijo con efectos desde la sentencia. Para ello tuvo en cuenta que el demandado percibía ingresos superiores a los 4.000 euros antes de 2015 aunque se han visto reducidos a unos 2.500 euros con posterioridad y que abona en concepto de alquiler la suma de 500 euros, mientras que la esposa carece de ingresos y ocupa la vivienda familiar titularidad de la madre del demandado, lo que revela el desequilibrio económico que le ha ocasionado a la esposa el divorcio, que justifica la fijación de una pensión compensatoria de 400 euros al mes durante dos años desde la sentencia. Como consecuencia de la fijación de una pensión compensatoria, la Audiencia adecúa a la baja y de oficio el importe de la contribución del demandado a los gastos y manutención del hijo, por lo que en atención a la capacidad económica del demandado y a las necesidades del hijo, fija estos en la suma de 200 euros al mes, al margen de la obligación de hacer frente a los gastos del menor en los periodos en los que lo tenga consigo.

Frente a la sentencia dictada por la sección 10.^a, de la Audiencia Provincial de Valencia, se interpuso por la demandante Dña. Socorro , recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal tiene se compone de tres motivos. El primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC en el que se alega la infracción de los arts. 218.1 y 216 LEC , por incongruencia *extra petita* y error patente ya que la sentencia resuelve sobre cuestiones no planteadas en el recurso, como es el importe de la pensión de alimentos, procediendo a revisarlo de oficio al establecer una pensión compensatoria a favor de la esposa. En el motivo segundo se alega que se ha incurrido en *reformatio in peius* y vulnerado el art. 24 CE ya que si nada se recurrió sobre la pensión de alimentos, la sentencia recurrida no debió pronunciarse sobre ella, viéndose además el menor perjudicado. En el tercer motivo se denuncia la falta de motivación de la sentencia recurrida a la hora de reducir el importe de la pensión de alimentos fijada en favor del hijo menor.

El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC , tiene tres motivos:

A) En el motivo primero se alega la infracción del art. 146 CC y del principio de protección del menor, que ve reducida la cantidad que tenía derecho a percibir en concepto de pensión de alimentos ya que le quitan 400 euros mensuales de los 600 que tenía concedido en primera instancia por el solo hecho de fijar una pensión compensatoria a la madre. Alega la existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que sostiene que toda la normativa reguladora de las medidas relativas a los hijos debe estar informada por el criterio fundamental del *favor filii* y de las características, naturaleza, destino y fundamento del derecho de alimentos (arts. 142 y ss, en relación con los arts. 92 , 93 y 154.1 CC) contenida en SSTS 529/2015 de 23 de septiembre , 1 de marzo de 1967 , 7 de octubre de 1970 y 13 de abril de 1991 .

B) En el motivo segundo se alega la infracción de los arts. 151 , 1195 , 1196 , 1200 y 1202 CC respecto a la prohibición de compensación y transmisión del derecho de alimentos, ya que la justificación de la reducción del importe de la pensión de alimentos de 600 euros a 200 euros ha sido por la concesión a la madre de manera temporal de una pensión compensatoria de 2 años. Cita la STS 529/2015 de 23 de septiembre y las en ella citadas, como las SSTS de 14 de marzo de 2012 , 8 de junio de 1998 y 31 de mayo de 1985 .

C) En el motivo tercero se reitera la infracción del art. 146 CC , sobre la regla de proporcionalidad de la pensión de alimentos, citando al respecto la STS de 17 de febrero de 2002 , insistiendo en que no pueden reducirse los alimentos fijados a un menor de edad por el establecimiento de una pensión compensatoria.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- *Motivos primero y tercero.*



Motivo primero.- Infracción de la norma procesal, resolviendo cuestiones *extra petitum*. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción del art. 218.1 y 216 de la LEC, por incongruencia y error patente, ya que la sentencia ha de resolver sobre las pretensiones de las partes pero, sin embargo, decide sobre una cuestión que no era parte del recurso.

Motivo tercero.- Falta de motivación respecto la minoración del derecho a percibir alimentos a partir de los dos años. Infracción del art. 218 de la LEC.

Se estiman los dos motivos.

En la sentencia recurrida se rebaja la pensión de alimentos de 600 euros a 200 euros, cuando lo único que se planteaba en el recurso de apelación era la petición de una pensión compensatoria.

En la sentencia impugnada se fija una pensión compensatoria de 400 euros, pero se rebaja la de alimentos de 600 euros a 200 euros, cuando el Sr. Eulalio nada había planteado sobre los mismos en el trámite de apelación, ni se había cuestionado esa medida, por lo que la sentencia recurrida es claramente incongruente (art. 218 LEC).

La especial naturaleza de los alimentos, no sujetos al principio dispositivo (arts. 91 y 93 del C. Civil), no facultaba al tribunal de apelación para reducirlos, ya que las medidas se adoptan «en beneficio de los menores» (art. 92 del C. Civil) (sentencia 744/2013, de 19 de mayo de 2014) y sin embargo en este caso se han rebajado los alimentos, actuando de oficio, provocando un perjuicio al menor.

Unido a ello concurre una motivación inexistente por ilógica, dado que se reduce la pensión de alimentos, por haber establecido una pensión compensatoria, pero siendo la misma temporal (dos años), nada se dice de cuál será la cantidad procedente por alimentos transcurridos los dos años, debiendo entenderse que la pensión de alimentos permanecería reducida a 200 euros, situación claramente irrazonable y no compatible con los propios razonamientos de la sentencia recurrida. Es decir, en la sentencia recurrida concurre incongruencia externa (en relación con las peticiones de las partes) e interna (al contradecirse consigo misma).

TERCERO .- *Motivo segundo*.

Motivo segundo.- Infracción de la norma procesal *reformatio in peius*. La sentencia de apelación vulnera el derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, al cual se refiere el apartado primero del art. 477.2 de la LEC, relativo al hecho de ver empeorada su situación (la del hijo menor, cuando está bajo la guardia y custodia de su madre) respecto la sentencia recurrida.

Se estima el motivo.

En cuanto la sentencia de apelación perjudicó a la propia recurrente, sin que hubiese escrito de impugnación, procede declarar que se infringe el art. 465.4 LEC, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), ya que en la sentencia recurrida se rebaja la pensión de alimentos, sin que nadie lo hubiese solicitado, ya que el recurrido no impugnó la sentencia.

Recurso de casación.

CUARTO .- *Motivos uno a tres*.

Motivo primero.- La protección del menor. La sentencia de apelación supone una merma en los derechos para el menor, que ve reducida la cantidad que tenía derecho a percibir en concepto de pensión de alimentos ya que le resta 400.-€ mensuales de los 600.-€ que tenía concedidos por la sentencia de 1.ª Instancia. Al amparo del art. 477.2.3 de la LEC, por infracción de lo dispuesto en el art. 146 del CC, que fija la cuantía de la pensión en atención al caudal de quien la presta y las necesidades de quien la recibe, así como del principio de protección integral del menor recogido en el art. 39.2 y 3 de la CE y el art. 2 de la Ley 8/2015 de 22 de julio, vulnerando la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que sostiene que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos debe estar informada por el criterio fundamental del relevante *favor filii*, y de las características, naturaleza, destino y fundamento del derecho de alimentos (arts. 142 y ss. del CC, en relación con los arts. 92, 93 y 154.1), presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 de la LEC pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Motivo segundo. La compensación de pensiones de alimentos. El motivo por el que se le priva indefinidamente de su derecho a percibir 400 euros de la pensión de 600 que tenía reconocidos, (procediendo a adecuar a la baja la misma, según reconoce la propia sentencia), es por la concesión a su madre, de forma temporal, de una pensión compensatoria de 400 euros durante dos años. Pues bien, el art. 151 del CC prohíbe taxativamente la compensación y transmisión del derecho de alimentos. De igual modo, se especifica en los arts. 1195, 1196, 1200 y 1202 del mismo texto legal, donde desarrolla la compensación de las obligaciones.



Motivo tercero.- Falta de proporcionalidad. La sentencia de la Audiencia no establece la proporcionalidad entre el caudal de quien la da y quien la recibe, conforme se recoge en el art. 146 del Código Civil .

Se estiman los tres motivos, que se analizan conjuntamente.

En la sentencia recurrida se yerra al considerar, en la práctica, que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria participan de la misma naturaleza, de forma que las cantidades que en las mismas se establecen podrán compensarse, planteamiento que es claramente contradictorio con el texto legal y con la doctrina jurisprudencial.

En este sentido la sentencia 529/2015, de 23 de septiembre , declara:

«Del simple tenor del art. 151 en relación con el art. 1200. 2, ambos del C. Civil , queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los ex-cónyuges por lo que procede aceptar los motivos planteados, apoyada la recurrente por el Ministerio Fiscal».

Asimismo declara la sentencia 10/2010, de 9 de febrero :

«Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTs de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009 , entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas. ...sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria».

Por tanto, dado que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria tienen naturaleza diferentes, no puede subordinarse económicamente una a la otra.

En función de ello y dada la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y ahora el de casación, hemos de mantener la pensión de alimentos fijada por el juzgado de primera instancia en 600 euros, al no haber sido objeto de recurso de apelación y al ser la solución compatible con la protección del interés del menor (art. 93 del C. Civil).

Igualmente procede mantener la pensión compensatoria fijada por la Audiencia Provincial en 400 euros, durante dos años, dado que este extremo no ha sido objeto de recurso ante esta sala.

QUINTO .- *Costas*.

Estimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, no procede imposición de costas, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Dña. Socorro , contra sentencia de 14 de marzo de 2016, de la apelación 1395/2015, de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia .

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de mantener la pensión de alimentos fijada por el juzgado de primera instancia en 600 euros.

3.º- Igualmente procede mantener la pensión compensatoria fijada por la Audiencia Provincial en 400 euros, durante dos años.

4.º- Se mantiene la resolución recurrida y la del juzgado en los demás extremos.

5.º- No procede imposición de las costas derivadas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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.