

EDJ 2018/109033 Sala 1ª de 19/06/2018

Tribunal Supremo Sala 1ª, 19/06/2018, nº 371/2018, rec. 3112/2017

Pte: Seijas Quintana, José Antonio

ÍNDICE



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Deyarina Galindo Castaño, en nombre y representación de don Manuel, interpuso demanda de divorcio contencioso, contra doña Camila y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«GUARDA Y CUSTODIA y DOMICILIO FAMILIAR.- Que se conceda a Don Manuel, padre de las menores la guarda y custodia de las hijas habidas en el matrimonio, en cuya compañía vivirán, así como, se le asigne el uso del domicilio familiar, sito en C/ DIRECCION000 n. NUM000 - NUM001.

»PENSIÓN DE AUMENTOS.- Que Doña Camila abone a Don Manuel la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300,00€) MENSUALES, a favor de las dos hijas menores, Aurelia y Eva, así como la mitad de los gastos extraordinarios entendiéndose por tales, los gastos médicos que no sean cubiertos, por la seguridad social y todos aquellos que acuerden ambos progenitores, que serán abonados dentro del mes siguiente a la justificación y comunicación de los mismos.

»RÉGIMEN DE VISITAS.- La madre estará con sus hijas los martes y jueves de cada semana desde las 16:00 horas hasta las 19:00 horas, y fines de semana alternos, desde, el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 16:00 horas, hasta las 20:00 horas del domingo. Las menores serán recogidas y entregadas en el domicilio familiar.

»A). - VACACIONES DE SEMANA SANTA.

»PRIMER PERIODO desde el comienzo de las vacaciones hasta miércoles de ceniza a las 19:30 horas.

»SEGUNDO PERIODO desde las 19:30 horas del miércoles de ceniza hasta el domingo a las 19:30 horas.

»En los años impares el padre disfrutará el primer período correspondiéndole a la madre, el segundo período y en los años pares será la madre a la que le corresponda el primer período y al padre el segundo.

»B). - VACACIONES DE NAVIDAD

»PRIMER PERIODO desde el comienzo de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 19:30 horas.

»SEGUNDO PERIODO desde las 19:00 horas de la tarde del día 30 de diciembre hasta el día 6 de enero a las 19:30 horas.

»El progenitor que no tenga a las menores en su compañía, pasará con ellas el día de reyes desde las 16:00 horas, hasta las 20:00 horas. Igualmente los días de cumpleaños de las menores disfrutará el progenitor que no las tenga en su compañía de 16:00 a 18:00 horas,

»NAVIDAD AÑOS IMPARES.

»EL PADRE EL PRIMER PERIODO. LA MADRE EL SEGUNDO PERIODO.

»NAVIDAD AÑOS PARES.

»EL PRIMER PERÍODO PADRE.

»LA MADRE EL SEGUNDO PERIODO.

»C). - VACACIONES DE VERANO.

»Las vacaciones se dividirán en cuatro períodos, el primer período consistirá desde el día uno de julio hasta el día 15 de julio, el segundo período desde el día 15 de julio hasta el día 30 de julio, el tercer período desde el día 30 de julio hasta el día 15 de agosto y el cuarto período desde el día 15 de agosto hasta el día 31 de agosto. La elección del período vacacional, se Nevara por quincenas sin que puedan coincidir la última del mes de julio con la primera del mes de agosto. En el supuesto de no haber acuerdo; entre los progenitores, la madre elegirá en los años pares, el período que desea pasar con las menores, eligiendo él padre en los años impares, ambos tendrán que preavisar con una antelación mínima de un mes.

»Ambos progenitores tienen derecho a conocer la información sobre la evolución escolar del hijo, así como todos los datos relativos a su salud, de manera que los centros escolares y sanitarios deberán proporcionárselos en iguales condiciones.

»Ello no obstante, de forma subsidiaria, en el hipotético supuesto de que por parte del juzgador no se considerase la guarda y custodia individual para mi representado, se solicita que la patria potestad la ejerzan ambos progenitores de forma conjunta, así como que la guarda y custodia de las menores sea compartida medida ésta que consideramos óptima para el buen desarrollo, educación y equilibrio de las mismas, esa guarda y custodia compartida, que podría ser por períodos de SEIS MESES, con cada progenitor, debiendo desplazarse cada progenitor al domicilio familiar anteriormente señalado. Atendiendo que ello no perjudica a las mismas, para el supuesto de no considerar una guarda y custodia individual para el mismo, asumiendo cada progenitor los alimentos de las menores durante el período que conviva con ellos, sin perjuicio de que, respecto de gastos tales como colegio clases extraescolares y otros gastos extraordinarios, ambas partes abonen los mismos al 50%. la relación de los gastos extraordinarios comprendería todos aquellos gastos al margen de los alimentos de las menores y que cada progenitor abonara el 50%. En cuanto al régimen de visitas, esta parte solicita que se establezca para el progenitor que no este ejerciendo la guarda y custodia, al señalado anteriormente».

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

3.º- El procurador don Adolfo Martín Morales, en nombre y representación de doña Camila, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«I. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES.

»Las hijas menores del matrimonio, Eva y Eva deberán quedar bajo la guarda y custodia de la madre, DOÑA Camila.

»Sin perjuicio de ello, la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por el interés de las menores, todas las decisiones que afecten a éstas, decidiendo en los casos de falta de acuerdo, la autoridad judicial.

»II. ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR.

»El que fuera domicilio familiar, sito en la DIRECCION000 número NUM000, NUM001 de Las Palmas de Gran Canaria, debe quedar para uso y disfrute de las hijas menores de la progenitora custodia, habiendo el demandante trasladado su domicilio desde el pasado mes de junio, a una casa de alquiler sita en la CALLE000, de esta ciudad.

»Ambos cónyuges deberán sufragar, a partes iguales (50 %), la cuota del préstamo hipotecario y de los seguros supeditados así mismo, que en la actualidad ascienden, salvo error u omisión a: 647 € mensuales, tal y como se acredita con los documentos número 9 a 14 que se acompañan al presente escrito, por lo que, cada cónyuge deberá abonar, salvo error u omisión, la suma de 323,50 euros mensuales, en la cuenta bancaria asociada al pago del préstamo hipotecario.

»III. RÉGIMEN DE ESTANCIA Y VISITAS DEL CÓNYUGE NO CUSTODIO

»I.- RESPECTO DE LA HIJA MAYOR DEL MATRIMONIO:

»a) MARTES de todas las semanas desde la salida de las clases de ballet (20:00 horas) con pernocta, debiendo el demandado llevar a la menor al colegio al día siguiente.

»b) FINES DE SEMANA ALTERNOS; desde el VIERNES a la salida del Colegio hasta el domingo a las 20:00 horas, momento en que el demandante deberá retornar a la menor al domicilio materno.

»c) Las semanas que no le corresponda al padre, disfrutar de la compañía de la menor ése fin de semana, podrá recoger a ésta, los

JUEVES también, desde la salida de las clases de ballet (20:00 horas) con pernocta, debiendo el demandado llevar a la menor al colegio al día siguiente:

»RESPECTO LA HIJA MENOR DEL MATRIMONIO,

»Con la finalidad de no romper, en la medida de lo posible, el contacto entre ambas, hermanas, se propone el siguiente régimen de visitas:

»a) MARTES de todas las semanas desde la salida de colegio con pernocta, debiendo el demandado llevar a la menor al colegio al día siguiente.

»b) FINES DE SEMANA ALTERNOS desde el VIERNES a la salida del Colegio hasta el domingo a las 20:00 horas, momento en que el demandante deberá retornar a la menor, junto con su hermana, al domicilio materno.

»c) Las semanas que no le corresponda al padre, disfrutar de la compañía de la menor ése fin de semana, podrá recoger a ésta, los JUEVES también, desde la salida del colegio, con pernocta, debiendo el demandado llevar a la menor al colegio al día siguiente.

»Si el padre por razón de su profesión u oficio no pudiera llevar a cabo las visitas de un día concreto o de un fin de semana, lo pondrá en conocimiento de la madre con antelación suficiente (mínimo 24 horas).

»d) En época de VACACIONES ESTIVALES, el padre disfrutará de la compañía de las menores un mes entero; dicho mes será disfrutado en 2 periodos de 15 días cada uno de ellos; 15 días en el mes de JULIO y 15 días en el mes de AGOSTO; de tal forma que las menores permanecerán un mes entero con cada uno de los progenitores; correspondiendo al padre elegir el periodo de disfrute (primera quincena ó segunda) en los años pares y a la madre en los años impares.

»e) Por lo que se refiere a las vacaciones de NAVIDAD, éstas se dividirán en dos períodos, desde las 12:00 horas del día 23 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre el primer periodo, y desde las 20:00 horas del 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 6 de enero el segundo, adjudicándose padres la mitad de cada uno de ellos, teniendo en cuenta las necesidades de los menores, y debiendo alternar dichos periodos cada año, correspondiendo al Padre elegir el período, en los años pares y a la madre en los impares. Sin de lo anterior, el progenitor al que no le corresponda disfrutar de la compañía de las menores los días, 25 de Diciembre, uno de Enero y 6 de enero tendrá derecho a llevárselas consigo, desde las 14:00 hasta las 18 horas de dichos días.

»f) Por lo que se refiere a las vacaciones de SEMANA SANTA.- Se dividirá en dos periodos que irán desde las 12:00 horas del primer Domingo (Domingo de Ramos) hasta las 20:00 horas del miércoles de semana santa, el primer período y el segundo desde las 20:00 horas del miércoles Santo hasta la 20:00 horas Domingo de Resurrección, correspondiendo al padre elegir en los años pares y a la madre en los impares.

»g) DÍAS ESPECIALES.- El día del padre, el día de la madre, así como, los días de los respectivos cumpleaños de éstos, el progenitor al que no le corresponda estar en compañía de las menores, podrá disfrutar de éstas, desde las 16:30 horas hasta las 19:30 horas, entendiéndose, que tendrá derecho al disfrute de dicha prerrogativa, el progenitor del día festivo en cuestión (día del padre, o de la madre, cumpleaños del padre o de la madre), y siempre y cuando no interfiera con las actividades extraescolares de las menores.

»Los días de cumpleaños de las menores, los padres podrán optar por efectuar, si así les conviniera, la celebración conjunta de éstos, costeándolo a las partes iguales, o bien, celebrarlo por separado, respetando en todo caso, que el progenitor que no tuviera derecho al disfrute de su compañía, esos días, puedan estar con ellas, por espacio mínimo de dos horas, a distribuir en función de las actividades escolares y extraescolares de las mismas.

»En los periodos vacacionales, los progenitores deberán indicarse mutuamente el lugar donde se encuentren con sus hijas, y facilitar, en todo momento, la comunicación telefónica de las menores con el otro progenitor.

»En caso de enfermedad o síntomas que pudiera padecer las menores, deberá ponerse inmediatamente en conocimiento del otro progenitor, quien podrá visitarlas, sin ninguna limitación allí donde se encontrare, prestando su colaboración asistencial y económica a parte iguales.

»En caso de consultas rutinarias, al médico de familia o a cualquier especialista médico, el progenitor custodio, deberá poner, inmediatamente, en conocimiento del otro progenitor, el resultado de la visita, nombre y domicilio del facultativo que atendió a las menores, así como una copia simple del tratamiento médico prescrito, si lo hubiera o hubiese, para poder continuar con su correcta administración.

»Y todo ello, sin perjuicio de lo que acuerden libremente los progenitores y que no sea perjudicial para las menores.



»IV. PENSIONES DE ALIMENTOS Y LEVANTAMIENTO DE OTRAS CARGAS.

»El padre, deberá abonar, en concepto de alimentos, a favor de las hija habidas en común, la cantidad de CUATROCIENTOS EUROS (400 €); 200 € por cada menor. Dicha cantidad será ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes, los doce meses del año, en la cuenta corriente que a tal efecto designe la designe.

»La cantidad fijada en concepto de alimentos deberá ser actualizada, anualmente, conforme a las variaciones que, experimente el I.P.C. o índice que legalmente, lo sustituya.

»Igualmente, ambos progenitores deberán abonar, por mitad (50 %) los GASTOS de inicio del curso escolar, tales como guardería, matrícula, libros, uniforme, comedor, actividades extraescolares, clases particulares, Universidad etc, así como aquéllos que tengan la consideración de EXTRAORDINARIOS, en sentido estricto, tales como, los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social (vacunas, ortodoncia, gafas etc.) o, en su caso, por el seguro privado, y cualesquiera otros que tengan tal naturaleza.

»Tal y como ya se señaló en el apartado II de la presente, el Sr. Manuel deberá contribuir con el 50 % la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda y de los seguros supeditados al mismo, que en la actualidad asciende, salvo error u omisión, a la suma de 323,50 euros mensuales».

OTRAS MEDIDAS PATRIMONIALES.

»Que se atribuya el uso y disfrute del vehículo Nissan Miera, matrícula... PIF, a la misma, ya misma que dicho vehículo al ser automático es el único que mi mandante puede conducir, y sin embargo, actualmente se encuentra en posesión del demandado, quien se niega a entregárselo, a pesar ser titular de una motocicleta que él, si puede utilizar, y mi mandante no, dada la discapacidad que presenta.

»VI DISOLUCIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

»Desde que sea firme la sentencia, se producirá la disolución del régimen económico matrimonial, y en cuanto a su liquidación se dejará para un momento posterior.

»Ello, no obstante, y de forma subsidiaria, para el hipotético

supuesto de que por parte de la Juzgado, no se accediera a atribuir la guarda y custodia exclusiva a mi representada, tal y como aquí se propugna, esta representación se opone, expresamente, al régimen de guarda y custodia compartida propuesto de contrario, por considerar más conveniente, dada las circunstancias personales y familiares concurrentes, así como la edad de las menores, el siguiente:

»SEMANAS ALTERNAS que se contarán desde el lunes a la salida del colegio, hasta ese mismo momento de la semana siguiente, en el que las menores serán recogidas por el otro progenitor en el centro docente.

»VISITAS INTERSEMANALES.

»RESPECTO DE LA HIJA MAYOR DEL MATRIMONIO

»a) MIÉRCOLES: desde la salida de las clases de ballet (20:00 horas) con pernocta, debiendo el progenitor visitante llevar a la menor al colegio al día siguiente.

»b) VIERNES desde la salida del Colegio hasta las 20:00 horas, momento en el que el progenitor visitante deberá retornar a la menor al domicilio del progenitor que ejerza la custodia esa semana.

»RESPECTO DE LA HIJA MENOR DEL MATRIMONIO

»Con la finalidad de no romper, en la medida de lo posible, el contacto entre ambas hermanas, se propone el siguiente régimen de visitas:

»MIÉRCOLES desde la salida de colegio con pernocta, debiendo el progenitor visitante llevar a la menor al colegio al día siguiente.

»VIERNES desde la salida del Colegio hasta las 20:00 horas, momento en que el visitante deberá retornar a la menor, junto con su hermana, al domicilio materno.

»Si el padre por razón de su profesión u oficio no pudiera llevar a cabo las visitas de un día concreto, lo pondrá en conocimiento de la madre con antelación suficiente (mínimo 24 horas).

»c) En época de VACACIONES ESTIVALES, el padre disfrutará de la compañía de las menores un mes entero; dicho mes será disfrutado en 2 periodos de 15 días cada uno de ellos; 15 días en el mes de JULIO y 15 días en el mes de AGOSTO; de tal forma que las menores

permanecerán un mes entero cada uno de los progenitores; correspondiendo al padre elegir el periodo de disfrute (primera quincena o segunda) en los años pares y a la madre en los impares.

»d) Por lo que se refiere a las vacaciones de NAVIDAD, éstas se dividirán en dos períodos, desde las 12:00 horas del día 23 de diciembre hasta las 20:00 del día 30 de diciembre el primer periodo, y desde las 20:00 horas del 30 diciembre hasta las 20:00 horas del día 6 de enero el segundo, adjudicándose padres la mitad de cada uno de ellos, teniendo en cuenta las necesidades de las menores, y debiendo alternar dichos periodos cada año, correspondiendo al Padre elegir el período, en los años pares y a la madre en los impares. Sin perjuicio de lo anterior el progenitor al que no le corresponda disfrutar de las menores los días, 25 de diciembre, uno de enero y 6 de enero tendrá derecho a llevárselas consigo, desde las 14:00 hasta las 18 horas, dichos días.

»e) Por lo que se refiere a las vacaciones de SEMANA SANTA.- Se dividirá dos periodos que irán desde las 12:00 horas del primer Domingo (Domingo de Ramos) hasta las 20:00 horas del miércoles de semana santa, el primer período, e segundo desde las 20:00 horas del miércoles Santo hasta la 20:00 horas del Domingo de Resurrección, correspondiendo al padre elegir en los años pares y a la madre en los impares.

»f) DÍAS ESPECIALES. El día de! padre, el día de la madre, así como, los días de los respectivos cumpleaños de éstos, el progenitor al que no le corresponda estar en compañía de las menores, podrá disfrutar de éstas, desde las, 16:30 horas hasta las 19:30 horas, entendiéndose, que tendrá derecho al disfrute de dicha prerrogativa, el progenitor del día festivo en cuestión (día del padre, o de la madre, cumpleaños del padre o de la madre), y siempre y cuando no interfiera con las actividades extraescolares de las menores.

»Los días de cumpleaños de las menores, los padres podrán optar por efectuar, si así les conviniere, la celebración conjunta de éstos, costeándolo a partes iguales, o bien, celebrarlo por separado, respetando en todo caso, que el progenitor que no tuviera derecho al disfrute de su compañía, esos días, puedan estar con ellas, por espacio mínimo de dos horas, a distribuir en función de actividades escolares y extraescolares de las mismas.

»En los periodos vacacionales, los progenitores deberán indicarse mutuamente el lugar donde se encuentren con sus hijas, y facilitar, en todo momento, la comunicación telefónica de las menores con el otro progenitor.

»En caso de enfermedad o síntomas que pudiera padecer las menores, deberá, ponerse inmediatamente en conocimiento del otro progenitor quien podrá visitarlas, sin ninguna limitación allí donde se encontrare, prestando su colaboración asistencia! y económica a partes iguales.

»En caso de consultas rutinarias, al médico de familia o a cualquier otro especialista médico, el progenitor custodio, deberá poner, inmediatamente, en conocimiento de! otro progenitor, el resultado de la visita, nombre y domicilio del facultativo que atendió a las menores, así como una copia simple del tratamiento médico prescrito, si lo hubiera o para poder continuar con su correcta administración.

»Y todo ello, sin perjuicio de lo que acuerden libremente los progenitores y sea perjudicial para las menores.

»IV PENSIÓN DE ALIMENTOS Y LEVANTAMIENTO DE OTRAS CARGAS

»Cada progenitor deberá satisfacer los gastos ordinarios durante el tiempo que las menores se encuentren en su compañía y a su vez, satisfacer por mitad el (50 %) los GASTOS de inicio del curso escolar, tales como guardería, matrícula, libros, uniforme, comedor, actividades extraescolares, clases particulares, Universidad etc, así como aquéllos que tengan la consideración de EXTRAORDINARIOS, en sentido estricto, tales como, los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social (vacunas, ortodoncia, gafas etc.) o, en su caso por el seguro privado, y cualesquiera otros que tengan tal naturaleza.

»Ambos cónyuges deberán contribuir por mitad (50 %) al pago de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda y de los seguros supeditados al mismo, que en la actualidad asciende, salvo error u omisión, a la suma de 323,50 € mensuales.

»OTRAS MEDIDAS PATRIMONIALES

»Que se atribuya el uso y disfrute del vehículo Nissan Miera, Matrícula:.... PIF, a Doña Camila, ya que dicho vehículo al ser automático es el único que mi mandante puede conducir, y sin embargo, actualmente se encuentra en posesión del demandado, quien se niega a entregárselo, a pesar de ser titular de una motocicleta que él, si puede utilizar, y mi mandante no, dada su discapacidad.

»DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

»Desde que sea firme la sentencia, se producirá la disolución del régimen matrimonial, y en cuanto a su liquidación se dejará para un momento posterior».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de DON Manuel, contra DOÑA Camila, debo acordar y acuerdo la disolución por DIVORCIO del matrimonio contraído por los litigantes en fecha 27 de mayo de 2000, con los efectos legales inherentes a dicha declaración, entre ellos la disolución de la sociedad de gananciales, adoptándose las siguientes medidas en relación con las hijas menores:

»Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores a la madre. La patria potestad continuará siendo de titularidad y ejercicio conjunto por ambos progenitores que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por su interés, todas las decisiones que afecten a aquéllos, decidiendo en los casos de falta de acuerdo la autoridad judicial, conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil.

»A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad entre otras las relativas a las siguientes cuestiones: cambio de domicilio de la menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales, elección inicial o cambio centro escolar y determinación de las actividades extraescolares o complementarias, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, psicológicos o similares, que no sean de poca entidad tanto sí entraña un gasto como si esta cubierto por algún seguro y; la realización de actos religiosos y el modo de llevarlo a cabo.

»2.- Se establece en favor del padre el siguiente régimen de visitas:

»Semana.- Fines de semana alternos y los miércoles de cada semana con pernocta de los menores en el domicilio paterno. La hija mayor será recogida por el padre a las 20:00 horas del miércoles, tras la finalización de la actividad de ballet, y la hija menor a las 18:00 horas en el domicilio de la abuela materna. Si este día fuera no lectivo, ambas hijas serán recogidas a las 18:00 horas en el domicilio materno. Si fuera festivo la hora de la recogida será a las 16:00 horas en el domicilio materno.

»Verano.- Quince días alternos en los meses, tanto de julio (dos períodos: del 1 al 15 y del 15 al 30 de julio), como de agosto (dos períodos: del 30 de julio al 15 de agosto, y del 15 al 31 de agosto), previo acuerdo de los progenitores, no pudiendo coincidir la última quincena de julio con la primera de agosto. En caso de desacuerdo, corresponderá al padre elegir los años impares y a la madre los pares.

»Semana Santa.- Se dividen en dos períodos, el primero comenzará el viernes desde la salida del colegio hasta el miércoles a las 19:30 horas y el segundo desde este último día hasta el a las 19:30 horas, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares, a e acuerdo.

»Navidades.- Se dividirán en dos períodos, el primero desde el día de comienzo de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 19:30 horas y el segundo desde las 19,30 horas del día 30 de diciembre hasta el día 6 de enero a las 19:30 horas, eligiendo período el padre los años impares y la madre los años pares, a falta de acuerdo entre los. progenitores.

»El día de Reyes, el progenitor que no esté con sus hijas podrá disfrutar de su compañía desde 16:00 horas hasta las 20:00 horas.

»Igualmente el día de cumpleaños de las menores, el progenitor que no esté con sus hijos podrá disfrutar de su compañía dos horas por la tarde, en el horario que los progenitores acuerden, en atención, tanto a sus respectivos horarios laborales, como a las actividades de los menores.

»DON Manuel abonará en concepto de prestación alimenticia para las menores la suma de TRESCIENTOS VEINTE EUROS (320 €) mensuales. Dicha cantidad será pagadera de forma anticipada dentro de los cinco primeros días de cada en la cuenta corriente que designe la actora incrementándose anualmente conforme al de precios al consumo.

»Los gastos ordinarios de inicio del curso escolar (matrícula, uniformes, material, libros...) se harán por mitad por ambos progenitores.

»Los gastos extraordinarios originados por las menores se deberán abonar por mitad por los progenitores, como los gastos sanitarios no cubiertos por la sanidad pública o, en su privada -incluidos, los de ortodoncia-, y cualesquiera otros de tal naturaleza. Antes de proceder judicialmente en reclamación de los gastos extraordinarios, las partes deberán consensuar el gasto, y, en caso de desacuerdo, la parte interesada deberá reclamar judicialmente a la parte contraria, de forma fehaciente y justificada (descripción de los gastos y facturas o soportes documentales) y, en el caso de que el pago no sea atendido en el de veinte días, cabe su reclamación judicial.

»4.- El uso del domicilio familiar, sito en la DIRECCION000 nº NUM000, NUM001, de Las Palmas de Ganarías, se atribuye a la madre y a las hijas menores.

»No procede pronunciarse sobre el abono de la cuota hipotecaria, ni sobre el uso del vehículo familiar.

»No procede hacer expresa imposición de costas procesales».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Manuel. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«debemos desestimar y desestimamos tanto el recurso de apelación con interpuesto por la representación de don Manuel, como la impugnación formulada por la representación de doña Camila contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 15 de Las Palmas de fecha 15 de diciembre de 2016 en los autos de juicio de divorcio 687/2016 sin imposición de las costas de la apelación a ninguna de las partes».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Camila con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del art. 146 del Código Civil, por oposición a la doctrina de esa Sala relativa al juicio de proporcionalidad en la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos, contenida en STS de 8 de marzo de 2017. Segundo.- Infracción del art. 148.1. del Código Civil, por oposición a la doctrina de esa Sala relativa al momento inicial de prestación de alimentos por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda, en los casos en que la pensión se instaura por primera vez, contenido en STS de 6 de octubre de 2016. Tercero.- Infracción del art. 103. 4º del Código Civil, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, habiendo una línea jurisprudencial favorable sobre la adjudicación de los vehículos propiedad del matrimonio.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 14 de febrero de 2018, se acordó:

1º) Inadmitir los motivos primero y tercero del recurso de casación presentado por la representación procesal de doña Camila contra la sentencia dictada con fecha de 7 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.a), en el rollo de apelación n.º 328/2017 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 687/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Las Palmas

2º) Admitir el motivo segundo del recurso de casación presentado por la representación procesal de doña Camila, contra la sentencia dictada con fecha de 7 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.a), en el rollo de apelación n.º 328/2017 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 687/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Las Palmas.

3º) Y entreguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, y al Ministerio Fiscal, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del motivo del recurso.

SÉXTO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de junio de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación la sentencia que, en juicio de divorcio, niega que la condena de alimentos en favor de las hijas menores del matrimonio produzca sus efectos desde el momento en que se formuló la demanda, conforme al artículo 148.1 del Código Civil, porque: «la solicitud de que se condene al pago de alimentos con carácter retroactivo no se realizó ni en la demanda que formuló el progenitor no custodio ni en la contestación a la demanda que formuló la hoy apelante, no pudiéndose deducir de la lectura de la contestación a la demanda una petición implícita de retroactividad de la pensión, no solicitándose ni siquiera medidas provisionales coetáneas».

Lo hace con la siguiente argumentación:

«en relación a la cuestión jurídica planteada sobre la Retroactividad de la pensión, esta Sala en el rollo de apelación 1140/2011 en la sentencia de fecha 26 de noviembre del 2011 exponía en relación a la sentencia del Tribunal Supremo que se cita en el recurso de apelación que "La STS de 14/6/2011 ha establecido como doctrina la aplicación del art. 148 del C.C. a los procedimientos sobre crisis matrimonial o guarda de los hijos no matrimoniales. Sin embargo, dicha sentencia no decide la cuestión procesal también debatida entre los Tribunales que ya venían aplicando el art. 148 del C.C. a este tipo de procesos sobre si la condena del pago de los alimentos a la fecha de la demanda se debe realizar expresamente en la demanda o se puede conceder de oficio sin vulnerar el principio de congruencia. Entendemos que procede aplicar una doctrina intermedia: no es preciso que el demandante de forma explícita solicite la condena del pago de la deuda alimenticia a la fecha de la propia demanda cuando de los hechos alegados por las partes y probados en el procedimiento se deduzca un incumplimiento de la deuda de alimentos total o parcial desde la citada fecha de la demanda. Cuando por el contrario conste

que el condenado al pago de alimentos los ha venido satisfaciendo "in natura" -por ejemplo porque era el guardador del menor hasta ese instante- o en metálico, sería improcedente establecer la condena a fecha de la demanda. Tampoco procederá cuando el propio actor haya renunciado a la solicitud, lógicamente, y este circunstancia tendrá que ser objeto de interpretación en la litis».

SEGUNDO.- La sentencia contradice la doctrina reiterada de esta Sala, lo que justifica el interés casacional y, consiguientemente, el recurso de casación que de otra forma no se habría formulado.

En primer lugar, la sentencia que cita de esta sala no decide la cuestión procesal sobre si esta retroactividad se debe solicitar expresamente en la demanda o si se puede conceder de oficio, sin vulnerar el principio de congruencia, porque da por supuesto que existe una previsión legal al respecto, como la del artículo 148 del CC, que no admite excepciones, como señalaba la sentencia 487/2016, de 14 de julio, y que además debe ser aplicada con indudable rigor a favor de los hijos menores de edad.

En segundo lugar, estamos ante unos alimentos que se fijan en beneficio e interés de los menores afectados por el divorcio de sus padres, sin estar sometidas a la justicia rogada, hasta el punto de que el párrafo primero del art. 93. CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio («El Juez en todo caso...»).

Hasta tal punto es así que la sentencia 304/2012, de 21 de mayo, que cita la 525/2017, de 27 de septiembre, señala que «no puede alegarse incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el Juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales». Y si en ausencia de justicia rogada el Juez viene obligado a fijar pensión alimenticia en favor de los hijos menores, ningún problema debería tener en hacer extensiva esta prestación a la fecha en que, con carácter también imperativo, el artículo 148 CC extiende esta prestación al momento de la formulación de la demanda, en unos momentos en que se ha cuestionado este límite temporal impuesto por la norma para hacer efectivos unos alimentos más amplios con fundamento en el artículo 39 de la CE, bien es cierto que con el efecto de negar cualquier posible contradicción de este artículo con el 148.1 CC (Auto del TC de 16 de diciembre de 2014).

Finalmente, en la sentencia 600/2016, de 6 de octubre se reitera y se recoge la doctrina establecida en sentencias anteriores, como la 389/2015, de 23 de junio, teniendo también en cuenta los efectos que produciría el hecho de que el alimentante ya hubiera abonado los alimentos hasta un determinado momento:

«Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

»-En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "(d)debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

»-En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. nº 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».

TERCERO.- La estimación del recurso de casación determina que no se haga especial pronunciamiento de las costas, a tenor de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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 el de casación formulado por doña Camila contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de las Palmas de Gran Canaria en fecha de 7 de junio de 2017, en el rollo de apelación 328/2017.

2.º- Casar y anular la sentencia recurrida únicamente en lo que se refiere al pago de los alimentos, que se devengarán desde la fecha de la interposición de la demanda, descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta que se dictó la sentencia, abonó don Manuel para el mantenimiento de las hijas.

3.º- No hacer especial pronunciamiento de las costas del recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.