



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063265

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 137/2018, de 13 de marzo de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2369/2017

SUMARIO:

Resoluciones judiciales. Principio de invariabilidad. Aclaración y corrección. Auto de complemento de sentencia que modifica sustancialmente lo previsto en la misma. Nulidad. La cuestión que plantea el recurso extraordinario por infracción procesal es que mediante un auto de complemento de la sentencia se atribuye, entre otros aspectos, la guarda y custodia de los dos hijos menores a su padre y pone a cargo de la madre una prestación alimenticia por cada hijo, alterando los términos de la sentencia que establecía un régimen de convivencia individual con la madre y unos alimentos en favor de los dos hijos a cargo del padre. La Sala declara que ni la sentencia era incongruente en los términos que refiere el auto de complemento para justificarlo, ni era posible hacer lo que finalmente se hizo en el auto, que privó de eficacia a una resolución judicial firme, afectando a la intangibilidad de la misma. Una cosa es que el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes sea compatible con la posibilidad de salvar omisiones o errores de las resoluciones judiciales que pudieran deducirse con toda certeza del propio texto de las mismas, y otra distinta que a través de un auto de complemento la sentencia modifique el fallo y su fundamentación en un aspecto tan sustancial en esta clase de procedimientos como es la medida de custodia de ambos hijos y de alimentos y hacerlo además con una argumentación que ya tuvo a su alcance cuando resolvió el recurso de apelación. Pero es que, además, en ningún caso puede justificarse el auto por la «ausencia de pronunciamiento», cuando estuvo en el debate la posible custodia de los hijos con el padre, al margen de que formalmente no se hubiera interesado. En consecuencia, el auto de complemento no se limita, por consiguiente, a complementar la sentencia dictada en apelación, sino que modifica de una forma sustancial lo previsto en la misma; razón por la cual procede su anulación y la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que facilite a las partes la formulación de los recursos que procedan ante esta sala contra la sentencia de apelación no integrada ya por el auto de complemento apelado.

PRECEPTOS:

Ley 1/2000 (LEC), arts. 214.1, 215 y 218.1.

PONENTE:

Don José Antonio Seijas Quintana.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Don ANTONIO SALAS CARCELLER
Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Don EDUARDO BAENA RUIZ
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 137/2018



Fecha de sentencia: 13/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2369/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE LA PLANA SECCIÓN 2.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2369/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 137/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

Dª. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 13 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por doña Casilda , representada por la procuradora doña María Lidon Berat Alarcón, bajo la dirección Letrada de doña Ana Lorena Falomir Abillar, contra la sentencia dictada con fecha 13 de febrero de 2017 por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón en los autos de juicio n.º 1655/2915 sobre medidas paterno filiales del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón. Ha sido parte recurrida don Bruno , representado por el procurador don Marcos Juan Calleja García, bajo la dirección letrada de doña María Inmaculada Pachés Mateu. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

1.º- La procuradora doña María Luisa Pascual Valles, en nombre y representación de doña Casilda , interpuso demanda de juicio sobre guarda y custodia del hijo menor y medidas relativas al domicilio familiar, contra don Bruno y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente

«a.- Que los hijos menores de edad de los litigantes, queden bajo la guarda y custodia de su madre Doña Casilda y bajo la patria potestad de ambos progenitores.

»b.- Se determine que Doña Casilda permanecerá en el uso de la vivienda que ha constituido el domicilio de la pareja con los hijos menores.

»c.- Se apruebe el régimen de visitas y estancias determinado en el Hecho Octavo de la demanda.

»d.- Se determine que el padre deberá contribuir a los alimentos de los menores en la cantidad de 550 euros mensuales por cada menor, que deberá ingresar en la cuenta que designe la actora, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

»La referida contribución se actualizará cada doce meses de acuerdo con el índice General de Precios al Consumo, sirviendo de base para cada actualización la contribución fijada más las sucesivas actualizaciones que se vayan produciendo.

»El demandado, asimismo, contribuirá a los gastos extraordinarios de los menores, en la forma y proporción contenida en el Hecho Noveno de la demanda.

»Y, en definitiva, condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas del procedimiento».

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 Juan Borrell Espinosa, en nombre y representación de don Bruno , 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 se acuerda lo siguiente:

«1º.- Autoridad Parental: será compartida por ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, cambio de domicilio de la menor, educación, formación de las menores y viajes al extranjero de las menores.

»En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de las menores, y los posteriores traslados de domicilio de éstas que le aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, publica o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por las menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de las menores, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a las menores y la realización por éstas de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

»Notificada fehacientemente (mediante burofax) al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con las menores, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si en el plazo de quince días naturales siguientes, aquel no lo deniega



expresamente. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

»Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida de las menores distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo a las menores, en el momento en que la cuestión se suscite.

»El progenitor con quien estén conviviendo los menores, vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones transcendentales de las menores, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información.

»Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de éstos últimos sobre la evolución escolar y académica de sus hijas, y su estado de salud física o psíquica.

»El progenitor custodio tendrá el deber de entregar al otro progenitor, junto con las hijas menores, la documentación personal de éstas (libro de familia, pasaporte, D.N.I., cartilla de vacunación, tarjeta sanitaria) que será devuelta a aquel al reintegrarle a las menores a la finalización de la estancia.

»2º.- RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA, con la siguiente progresividad desde el dictado de la Sentencia y hasta que los menores cumplan los dos años de edad, el 29 de Mayo de 2017, este régimen de convivencia compartida tendrá el siguiente reparto de tiempos.

»Fines de semana alternos desde el viernes a la salida de la

Escuela Infantil o Guardería hasta el lunes por la mañana en que serán reintegrados los menores a la Escuela Infantil o guardería. Si el viernes fuera no lectivo y ese fin de semana le corresponde a la progenitora, la recogida la efectuará la progenitora en el domicilio paterno a las 10:30 horas.

»para el resto de semana, cada progenitor permanecerá en compañía de sus hijos dos días seguidos con pernocta, en la siguiente forma:

»todos los lunes y los martes, los menores permanecerán con su madre. Para ello la progenitora recogerá a los menores los lunes lectivos a la salida de la Escuela Infantil o Guardería, y los no lectivos en los que el domingo anterior los menores hubiera permanecido con su padre, la recogida la efectuará la progenitora en el domicilio paterno a las 10:30 horas de la mañana

»todos los miércoles y los jueves, los menores permanecerán con su padre. Para ello el progenitor recogerá a los menores los miércoles lectivos a la salida de la Escuela Infantil o Guardería, y los no lectivos la recogida la efectuará el progenitor en el domicilio materno a las 10:30 horas de la mañana.

»Esta alternancia semanal se mantendrá durante todo el año a excepción del mes de Agosto, que se repartirá en cuatro periodos alternos de igual duración y en las vacaciones de Navidad que se repartirán, en dos periodos de igual duración. Para el buen cumplimiento de este régimen de visitas, ambos progenitores podrán auxiliarse en las entregas y recogidas de los familiares que tengan por conveniente, ó apoyarse en las personas de confianza que consideren oportunas.

»b) A partir del 29 de Mayo de 2017, fecha en la que los menores alcanzaran la edad de dos años:

»Régimen ordinario de reparto de tiempos para esta custodia compartida, por semanas alternas con cada uno de los progenitores, iniciándose el viernes a la salida del colegio o guardería (con independencia de que dicho horario varíe según los meses y de que haya o no clase por la tarde) donde se producirán los intercambios, y en caso de que algún viernes sea festivo el progenitor al que le corresponda iniciar su periodo de convivencia recogerá a los niños a las diecisiete horas en el domicilio del progenitor con el que acaba de pasar la semana. Este régimen estará vigente durante todo el año a excepción de los periodos vacacionales de Navidad que se repartirán por mitad, y de los meses de Julio y Agosto que se repartirán por quincenas alternas. No obstante y para los meses de Julio y Agosto de 2018, las vacaciones de ese verano se repartirán por semanas alternas.

»Visitas intersemanales: Durante las semanas que los hijos residan con cada progenitor, el otro los tendrá en su compañía las tardes de los lunes y de los miércoles desde la salida del colegio o guardería hasta las 20:00 horas. Estas visitas entre semana se suspenderán en los periodos de vacaciones escolares.

»3º.- CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS ORDINARIOS DE MANUTENCIÓN Y EXTRAORDINARIOS de los hijos menores: el indicado en nuestro fundamento de derecho V.

»a) GASTOS ORDINARIOS: ambos progenitores han convenido que durante las estancias y los periodos vacacionales en los que los menores estén conviviendo con cada progenitor, cada uno de ellos durante dicho espacio temporal, se hará cargo de la alimentación, vestido y calzado cuando estén en su domicilio .



»b) Los GASTOS EXTRAORDINARIOS, serán satisfechos por ambos progenitores al 50%, y considerando que tendrán siempre carácter de gasto extraordinario, los siguientes:

»Gastos médicos y vacunas que no cubra la Seguridad Social, o seguro médico que tuviera suscrito el menor. Expresamente se reseñan los gastos de ortodoncia, óptica y asistencia psicológica. Cada progenitor se hará cargo de los medicamentos de uso ordinario que precise el menor.

»Gastos escolares matriculas, libros de texto y material escolar de principio de curso AMPA, y excursiones o salidas escolares.

»Actividades extraescolares convenidas por ambos progenitores.

»Los que expresamente sean así declarados como extraordinarios necesarios, tras recabar auxilio judicial en caso de desacuerdo.

»Aquellos otros gastos extraordinarios no necesarios:

»Si son decididos unilateralmente por un progenitor deberán sean abonados por éste, y si fueran decididos de común acuerdo, se abonarán en la proporción de 50% por el padre y de 50% por la madre.

»4º.-DOMICILIO FAMILIAR: Procede su atribución a la progenitora, por venir ocupándolo desde que se produjera la ruptura familiar».

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 7 de Castellón, dictó sentencia con fecha 6 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Bernat Alarcón en nombre y representación de doña Casilda contra don Bruno , debo decretar y decreto la adopción de las siguientes medidas:

»A.- CON CARÁCTER PRINCIPAL;

»1.- La patria potestad sobre los hijos menores comunes, Juan Pedro y Benito , será compartida por ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de los menores.

»En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de los menores, y los posteriores traslados de domicilio de éstos que les aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, publica, o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de los menores, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a los menores y la realización por éstos de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

»Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con los menores, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

»Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida de los menores distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo a los menores, en el momento en que la cuestión se suscite.

»El progenitor con quien los menores convivan habitualmente, vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida de los menores, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no vivan habitualmente los hijos respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tenga consigo a los menores.



»Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de éstos últimos sobre la evolución escolar y académica de sus hijos y su estado de salud física o psíquica.

»El progenitor custodio tendrá el deber de entregar al otro progenitor, junto con los hijos menores, la documentación personal de éstos (libro de familia; pasaporte; D.N.I.; tarjeta sanitaria; cartilla de vacunación), que será devuelta a aquel al reintegrarle a los menores a la finalización de la estancia.

»2.- Se establece un régimen de convivencia individual de los hijos menores con la madre.

»3.- Se establece, en defecto de lo que libremente puedan acordar las partes en cada momento, el siguiente régimen de relaciones entre el padre y los hijos menores:

»-fines de semana alternos, desde la salida de la guardería o colegio horas del viernes a las 20,00 horas del domingo, extendiéndose, en caso de puentes, a los días festivos correlativos al fin de semana.

»-una tarde entre semana (en defecto de acuerdo, las de los martes), desde la salida de la guardería o centro escolar hasta las 20,00 horas.

»-los días festivos entre semana, alternos, desde las 10,00 hasta las 20,00 horas del festivo.

»-la mitad de los periodos de vacaciones escolares, correspondiendo al padre la primera mitad y a la madre la segunda mitad en los años pares, y a la inversa en los años impares.

»-salvo cuando se tengan que realizar en el centro escolar, las entregas y devoluciones se llevarán a cabo en el domicilio materno al inicio y final de cada visita, salvo en los periodos vacacionales en que se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor con el que acaben de pasar el periodo vacacional.

»4.- El padre abonará, en concepto de contribución a los gastos ordinarios de sus hijos, la suma de 350 euros mensuales, que ingresará dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre, y que se actualizará anualmente con arreglo a las variaciones del IPC.

»5.- Los gastos extraordinarios (necesarios o consentidos por ambos progenitores) que generen los hijos serán sufragados por ambos progenitores al 50%.

»6.- Se atribuye al padre el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en Benicásim (Castellón), CALLE000 n° NUM000 - NUM001 .

»7.- Se prohíbe el cambio de domicilio de los hijos fuera de la ciudad de Valencia, salvo acuerdo de ambos progenitores o autorización judicial.

»B.- EN EL CASO DE QUE EL PADRE PASARA A TRABAJAR Y RESIDIR EN LA LOCALIDAD DE VALENCIA, las medidas de los apartados 2, 3 y 4 quedarían directamente fijadas así (sin necesidad de instar una modificación de medidas):

»2.- Se establece un régimen de convivencia compartida de los hijos menores se llevará a cabo por periodos semanales alternos iniciándose a la salida del colegio los viernes (con independencia de que dicho horario varíe según los meses y de que haya o no clase por la tarde), donde se producirán los intercambios y, en caso de que algún viernes sea festivo, el progenitor (o familiar) al que le corresponda iniciar su periodo de convivencia recogerá a los niños a las 17,00 horas en el domicilio del progenitor con el que acaben de pasar la semana. Este régimen estará vigente durante todo el año, a excepción de los periodos de vacaciones de verano y Navidad. El periodo estival comprenderá desde el último viernes de junio hasta el primer viernes de septiembre y será disfrutado en cuatro periodos alternos (el primero, desde las 17,00 horas del último viernes de junio hasta las 20,00 horas 15 de julio; el segundo desde las 20,00 horas del 15 de julio hasta las 20,00 horas del 31 de julio; el tercero desde las 20,00 horas del 31 de julio hasta las 20,00 horas del 15 de agosto, y el cuarto desde las 20,00 horas del 15 de agosto hasta las 17,00 horas del primer viernes de septiembre, siempre con intercambios en el domicilio del progenitor con el que acaben de estar los hijos. El periodo navideño comprenderá desde el último viernes lectivo de diciembre hasta el segundo viernes de enero, y se dividirá en dos mitades iguales. Corresponderá en los años pares al padre la primera mitad y a la madre la segunda, y a la inversa en los años impares.

»3.- Durante las semanas que los hijos residan con cada progenitor, el otro los tendrá en su compañía una tarde entre semana (en defecto de acuerdo, la de los martes) desde la salida del colegio o instituto hasta las 20,30 horas. Estas visitas de entre semana se suspenderán en los periodos de vacaciones escolares.

»4.- Cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de los hijos cuando los tenga en su compañía y abonarán por mitad todos los gastos escolares y educativos de los hijos.



»C.- EN EL CASO DE QUE LA MADRE VOLVIERA A REALIZAR UN TRASLADO INCONSENTIDO DE LOS HIJOS FUERA DE LA LOCALIDAD DE VALENCIA, las medidas de los apartados 2, 3 y 4 quedarían directamente fijadas así (sin necesidad de instar una modificación de medidas):

»2.- Se establece un régimen de convivencia individual de los hijos menores con el padre.

»3.- Se establece, en defecto de lo que libremente puedan acordar las partes en cada momento, el siguiente régimen de relaciones entre la madre y los hijos menores:

»-fines de semana alternos, desde la salida de la guardería o colegio horas del viernes a las 20,00 horas del domingo, extendiéndose, en caso de puentes, a los días festivos correlativos al fin de semana.

»-una tarde entre semana (en defecto de acuerdo, las de los martes), desde la salida de la guardería o centro escolar hasta las 20,00 horas.

»-los días festivos entre semana, alternos, desde las 10,00 hasta las 20,00 horas del festivo.

»-la mitad de los periodos de vacaciones escolares, correspondiendo al padre la primera mitad y a la madre la segunda mitad en los años pares, y a la inversa en los años impares.

»-salvo cuando se tengan que realizar en el centro escolar, las entregas y devoluciones se llevarán a cabo en el domicilio paterno al inicio y final de cada visita, salvo en los periodos vacacionales en que se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor con el que acaben de pasar el periodo vacacional.

»4.-La madre abonará, en concepto de contribución a los gastos ordinarios de sus hijos, la suma de 300 euros mensuales, que ingresará dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre, y que se actualizará anualmente con arreglo a las variaciones del IPC.

»Todo ello sin realizar expresa imposición de costas a ningún litigante».

Tercero.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Bruno . La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Bruno , contra la sentencia de 6 de julio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia relativas a hijos extramatrimoniales núm 1655/2015, revocando parcialmente la misma en el sentido de, manteniendo la convivencia de los menores en los términos condicionales fijados en la sentencia apelada

» A.-Deberá la señora Casilda trasladar a su costa a los menores al domicilio del padre señor Bruno en Benicasin y los recogerá ella del mismo en los horarios previstos para los fines de semana y demás periodos vacacionales que correspondan a éste. Del mismo modo para la visita intersemanal, para lo cual recogerá la madre a los menores de la guardería para trasladar y entregar a los niños a su padre a las 16,30 horas en Benicasin recogiéndoles a las 19,30 horas.

»B. Para el apartado B del fallo de la sentencia apelada, se precisará únicamente que el progenitor traslade su residencia a Valencia (o municipio dormitorio de escasa distancia), sin necesidad de traslado laboral.

»En las costas de alzada no se hace pronunciamientos».

Con fecha 3 de abril de 2017, se dictó auto complementario cuya parte dispositiva DICE:

«Estimando la solicitud de la representación del apelante señor Bruno COMPLEMENTAMOS la sentencia de este Tribunal de 13 de febrero de 2017 , en el sentido de dejar estimamos parcialmente el recurso de apelación, y por ello atribuir la guarda y custodia de los menores Juan Pedro y Benito al progenitor señor Bruno en los mismo términos acordados en el apartado A del fallo que la sentencia apelada fijaba para la titular, teniendo la madre señora Casilda el mismo derecho de visitas que la sentencia fijaba para aquel.

»Con dos matices: En concepto de alimentos la señora Casilda deberá abonar en concepto de alimentos ordinarios la cantidad mensual de 200 euros por cada hijo en los términos de exigibilidad y actualización que la sentencia imponía de forma adversa y en la c/c que señale el titular de la custodia; los gastos extraordinarios serán por mitad previa comunicación y acreditación.

»Cada progenitor se encargará de recoger a su cargo a los menores, al inicio de las visitas la progenitura, y al finalizar las mismas el progenitor titular de la custodia.



»En caso de que la señora Casilda cambiare su residencia a Castellón o Benicasim, de inmediato y al inicio del mes siguiente en que lo acredite al progenitor y así lo interese, el modelo de convivencia será compartido al modo que la sentencia apelada contempla en el supuesto B de su fallo».

Cuarto.

Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Casilda con apoyo en los siguientes: motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1. 2ª LEC , se alega la infracción del art. 218.1. LEC , ya que la sentencia recurrida se ha pronunciado a modo de complemento sobre la pretensión subsidiaria de custodia individual a desarrollar por el padre en tanto la madre continúe residiendo en Valencia cuando no fué deducida en el proceso, de manera que al dictarse auto de complemento incurre en incongruencia extra petita. Segundo.- Se alega vulneración de los arts. 214 , 215.2 y 3 LEC en tanto en cuanto el auto que complementa la sentencia excede del ámbito de subsanación y complemento.

También formuló recurso de casación basado en un Único. Motivo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477. 3. por vulneración del criterio legal que vela por el sistema de custodia que sea más beneficioso para los menores: por infracción del artículo 92 del Código Civil .

Quinto.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 8 de noviembre de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Sexto.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de don Bruno , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia de apelación sin el auto de complemento, por lo que solicitamos se estime el presente motivo.

Séptimo.

- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de febrero 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El problema que plantea el recurso extraordinario por infracción procesal, cuya estimación va a determinar las consecuencias que más adelante se dirán, es que mediante un auto de complemento de la sentencia atribuye, entre otros aspectos, la guarda y custodia de los menores, Juan Pedro y Benito , a su padre, don Bruno , y pone a cargo de su madre una prestación alimenticia de 200 euros mensuales por cada hijo, alterando los términos de la sentencia que establecía un régimen de convivencia individual con la madre y unos alimentos en favor de los dos hijos a cargo del padre de 350 euros mensuales.

En recurso se formula: a) por infracción del artículo 218.1 de la LEC , por incongruencia extra petita, ya que la sentencia recurrida se ha pronunciado a modo de complemento sobre la pretensión subsidiaria de custodia individual a desarrollar por el padre en tanto la madre continúe residiendo en Valencia (ciudad en la que fijó su domicilio abandonando el familiar en Benicasin), cuando no fue deducido en el proceso, y b) por infracción de los artículos 214 y 215.2 y 3 de la LEC , en tanto que el auto que complementa la sentencia excede del ámbito de subsanación y complemento.

Segundo.



Ni la sentencia era incongruente en los términos que refiere el auto de complemento para justificarlo, ni era posible hacer lo que finalmente se hizo en el auto.

1.- El artículo 214.1 LEC , después de advertir que los tribunales no podrán variar sus resoluciones una vez firmadas, permite aclarar algún concepto oscuro y corregir o rectificar cualquier error material de que adolezcan, de oficio o a instancia de parte, siempre en los plazos previstos, salvo los meros errores materiales manifiestos o aritméticos, que pueden ser rectificadas en cualquier momento.

El artículo 215 LEC también permite, dentro de los mismos plazos y por el mismo procedimiento anterior, subsanar y completar mediante auto las omisiones o defectos de que pudieran adolecer sentencias y autos, que fuera necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto. Este precepto permite la subsanación de defectos de incongruencia por omisión, y su aplicación está limitada a las funciones específicas reparadoras para las que ha sido establecido, ya que, solo desde esta estricta perspectiva, esta vía resulta plenamente compatible con el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (entre otras, STC 162/2006, de 22 de mayo).

En consecuencia, estas instituciones procesales no pueden ser utilizadas para fines ajenos a los expresamente previstos en la Ley, ni para replantear la cuestión controvertida al margen de los cauces específicos que otorga el procedimiento (por todos, y entre los más recientes, ATS de 10 de diciembre de 2013, rec. 58/2012).

La jurisprudencia constitucional, recogida en la STC 53/2007, de 12 de marzo , FJ 2, señala lo siguiente:«el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello' (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2 ; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2 ; 218/1999, 29 de noviembre , FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2 , y 56/2002, de 11 de marzo , FJ 4, entre otras). Por ello, 'el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad' (SSTC 48/1999, 22 de marzo , FJ 2, 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2 , y 115/2005, de 9 de mayo , FJ 4)».

2.- El Auto de 3 de abril de 2017 , al resolver la solicitud de complemento formulada por el Sr. Bruno , privó de eficacia a una resolución judicial firme, afectando a la intangibilidad de la misma. Una cosa es que el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes sea compatible con la posibilidad de salvar omisiones o errores de las resoluciones judiciales que pudieran deducirse con toda certeza del propio texto de las mismas, y otra distinta que a través de un auto de complemento la sentencia modifique el fallo y su fundamentación en un aspecto tan sustancial en esta clase de procedimientos como es la medida de custodia de ambos hijos y de alimentos y hacerlo además con una argumentación que ya tuvo a su alcance cuando resolvió el recurso de apelación como es el de la conducta de la ahora recurrente a través de un traslado incontestado de domicilio.

Pero es que, además, en ningún caso puede justificarse el auto por la «ausencia de pronunciamiento», cuando estuvo en el debate la posible custodia de los hijos con el padre, al margen de que formalmente no se hubiera interesado. Y así se dijo en la primera instancia que «ante la dificultad insalvable para la convivencia compartida derivada del traslado de la madre con los hijos a Valencia, interesó que se estableciera una convivencia individual de los hijos con el padre», y se precisó en la apelación que el sr. Bruno «no solicita para si la custodia individual, proponiendo solo la compartida», para dejar finalmente la guarda de los menores a la madre porque la situación actual así lo aconseja en interés de estos, con lo que en el fallo daba cumplida respuesta a todas y cada una de las cuestiones que fueron objeto de debate, lo que impide utilizar esta vía para modificar pronunciamientos no eludidos y que aparecen claramente contenidos en la sentencia que se dice incompleta.

3.- El auto de complemento no se limita, por consiguiente, a complementar la sentencia dictada en apelación. Lo que hace es modificar de una forma sustancial lo previsto en la misma; razón por la cual procede acoger la denuncia de exceso del auto con la consecuente anulación del mismo y devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que facilite a las partes la formulación de los recursos que procedan ante esta sala contra la sentencia de apelación no integrada ya por el auto de complemento apelado.

Tercero.



De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC no se hace especial declaración de las costas del recurso extraordinario de infracción procesal y de las causadas por el recurso de casación.

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 recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Casilda contra la sentencia dictada, con fecha 13 de febrero de 2017, complementada por auto de 3 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.ª), en el rollo de apelación nº. 230/2016 .

2.º- Anular el auto de complemento y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para facilite a las partes la formulación de los recursos que procedan contra la citada sentencia ante esta sala.

3.º- No se hace especial declaración sobre las costas del recurso de infracción procesal y de casación.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.