

Roj: STS 4437/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4437
Id Cendoj: 28079110012014100568
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1935/2013
Nº de Resolución: 569/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE LUIS CALVO CABELLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, los recursos de infracción procesal y casación núm. 1935/2013, interpuesto por la procuradora doña Eva Álvarez Cancelo, en nombre y representación de doña Luz , contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander en el recurso núm. 919/2012, procedente de los autos de juicio verbal en materia de familia núm. 308/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santander. Es parte recurrida don Rafael . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de julio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santander, poniendo término a los autos de juicio verbal núm. 308/12, dictó sentencia, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Que estimando en su pedimento principal la demanda deducida por el Sr. Martínez, en nombre y representación de D. Rafael , contra Dña. Luz , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por D. Rafael y Dña. Luz , con adopción de las siguientes medidas:

1.- Corresponde a ambos progenitores la titularidad y ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental), 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 (a título de ejemplo: elección de cualquier facultativo, pediatra, ortodoncista, psiquiatra, psicólogo, tratamientos, intervenciones de cualquier índole, vacunación, elección o cambio de colegio, la realización de actividades extraescolares, cursos de idiomas en el extranjero, comunión, bautizo, etc.).

En particular quedan sometidas a éste 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 los aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública 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 ésta 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 unos 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 el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

Las decisiones 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.

Por otro lado, el progenitor con quien conviven los menores 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 viva habitualmente los hijos respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tenga consigo a los menores.

Los progenitores tiene 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.

Asimismo el progenitor custodio, debe 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.

Por último, el progenitor con quien conviven los menores habitualmente deberá facilitar al otro la comunicación telefónica, telemática o por cualquier otro medio, al menos una vez al día, con los menores, debiendo éste respetar, en todo caso, los horarios de descanso y estudio de los menores. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no vivan habitualmente en el tiempo que tenga consigo a los menores.

2.- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos a la madre.

3. - Se reconoce al padre el derecho a estar con sus hijos, comunicarse con ellos y tenerles en su compañía en la forma siguiente: a falta de acuerdo entre los progenitores, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20:00 horas del domingo. Los puentes escolares se unirán al fin de semana, disfrutando los mismos el progenitor que le corresponda estar con los menores ese fin de semana. Los martes y jueves de todas las semanas desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas. Si el martes o el jueves fuese festivo desde las 10:00 horas hasta las 20:30 horas.

La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, correspondiendo la primera mitad de los periodos a la madre y la segunda mitad al padre en los años impares y a la inversa en los años pares.

Respecto a las vacaciones escolares de verano, corresponderá a la madre los días del mes junio, la segunda quincena (16 al 31) del mes julio y la segunda quincena (16 al 31) del mes de agosto, y al padre la primera quincena (1 al 15) del mes de julio, la primera quincena (1 al 15) del mes de agosto y los días de septiembre, en los años pares. En los años impares a la inversa.

4. - Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos y al progenitor custodio.

5.- El padre deberá abonar a la madre, como pensión de alimentos a favor de los hijos, en la cuenta que ella designe, por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de MIL DOSCIENTOS EUROS (1.200 E.), cantidad que se actualizará el primer mes de cada año de conformidad con el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística.

6.- Los gastos extraordinarios de los hijos deberán ser satisfechos por mitad entre los progenitores, no incluyendo entre los mismos los gastos de matricula escolar, libros y material escolar o ropa, ya que los mismos son gastos ordinarios. En lo relativo a las actividades extraescolares o de ocio, de carácter no necesario o no recomendadas bien por el colegio como refuerzo, bien por facultativo médico o por psicólogo, sólo se deberán de asumir por mitad las que se realicen por los menores de común acuerdo por los progenitores, siendo, en caso contrario, asumido el coste de dicha actividades por aquel progenitor que unilateralmente haya decidido la realización de dicha actividad.

En todo caso, los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente deberán ser consentidos por ambos por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con un gasto extraordinario de los menores, así como el importe del mismo junto con los documentos correspondientes, 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 el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Solo los gastos extraordinarios de carácter urgente y necesario, se podrán realizar sin previo consentimiento del otro progenitor o autorización judicial.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales.

Firme que sea esta sentencia expídase el oportuno testimonio al Registro Civil donde conste inscrito el matrimonio para la anotación marginal de la misma en su inscripción registral.»

SEGUNDO.- El 16 de mayo de 2013, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia , cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña. Luz contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Santander , la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, sin imposición de las costas de la apelación».

TERCERO.- Mediante escrito 27 de junio de 2013, la procuradora doña Eva Álvarez Cancelo, en nombre y representación de doña Luz interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

a) El recurso extraordinario por infracción procesal contiene los siguientes motivos:

«Primero.- Con fundamento en el art. 469 apartado 1, ordinal tercero, de la LEC , se denuncia vulneración de las previsiones contenidas en el art. 460 de la LEC en relación con el artículo 270 del mismo cuerpo legal ».

«Segundo.- Con fundamento en el art. 469 apartado 1, ordinal tercero, de la LEC , se denuncia infracción del art. 752 de la LEC .»

«Tercero.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución (art. 469.1.4º de la LEC): violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva derivada del error patente y notorio y/o de la interpretación ilógica o irrazonable (Acuerdo del Tribunal Supremo 2/2006 de 4 de abril) de la documental acompañada a los autos para la determinación de las necesidades de los alimentistas y de la capacidad económica del alimentante, ocasionando positiva indefensión al recurrente.»

«Cuarto.- Con fundamento en el art. 469 apartado 1, ordinal segundo, por infracción del art. 218, apartado 2 de la LEC »

«Quinto.- Con fundamento en el art. 469 apartado 1, ordinal tercero, por infracción del art. 456, apartado 1, infracción de los arts. 465, apartado 4 y 218, apartado 1 de la LEC »

b) El recurso de casación contiene los siguientes motivos:

«1º Motivo A. Vulneración del criterio de la proporcionalidad que establece el artículo 146 del CC en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de instancia y ratificada en apelación. La vulneración se produce porque no se atiende a la relación que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante».

«2º Motivo B. Desproporción injustificada en la fijación de los criterios para la distribución entre los esposos de los gastos extraordinarios. La distribución por iguales partes resulta arbitraria para la madre y vulnera criterios de justicia material»

«3º Motivo C. Violación de la doctrina jurisprudencial sobre gasto ordinario conforme a lo dispuesto en los artículo 154 y 142 del Código Civil . Debiendo considerar como tales los que proceden de la enseñanza musical u otras actividades análogas y los que proceden del servicio doméstico que atiende la casa en la que resida la esposa entre otros.»

«4º Motivo D. Violación de la doctrina jurisprudencia sobre régimen de estancias y visitas contenido en los artículos 94 y 160 del Código Civil »

CUARTO.- Por auto de 22 de abril de 2014, la Sala acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por concurrir los requisitos legales.

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 3 de junio de 2014 en el Registro General del Tribunal Supremo, don Juan Carlos Estevez Fernández Novoa, en nombre y representación de don Rafael , se opuso a loa dos recursos.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de 22 de mayo de 2014 se opuso al recurso alegando:

1. Por lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal, que la prueba solicitada no se refería a hechos relevantes distintos de los que ya habían sido debatidos; que la parte recurrente pretende imponer su criterio en la valoración de la prueba practicada; y que bajo la denunciada falta de motivación se encubre la intención de modificar la valoración de la prueba.

2. Por lo que se refiere al recurso de casación, que la sentencia establece un razonable juicio de proporcionalidad en función de los ingresos que perciben las partes; que la decisión de la Audiencia sobre

los gastos extraordinarios es una consecuencia legal inherente al ejercicio compartido de la patria potestad; y que ha de otorgarse primacía a la preservación de la relación paterno filial en interés de los hijos.

SÉPTIMO.- Por providencia de 21 de agosto de 2014, la Sala señaló el día 30 de septiembre de 2014, para deliberación, votación y fallo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes básicos los siguientes:

1. El 16 de abril de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santander dictó auto de medidas provisionales fijando, en lo que aquí interesa:

a) Una pensión alimenticia de 1.200 euros a satisfacer por don Rafael , progenitor no custodio.

b) Un régimen de visitas y de estancia para este consistente en lo siguiente: «A falta de acuerdo entre los progenitores, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20:00 del domingo. Los puentes escolares se unirán al fin de semana, disfrutando los mismos el progenitor que le corresponda estar con los menores ese fin de semana. Los martes y jueves de todas las semanas desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas. Si el martes o el jueves fuese festivo, desde las 10:00 horas hasta las 20:30 horas. La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, correspondiendo la primera mitad de los periodos a la madre y la segunda mitad al padre en los años impares y a la inversa en los años pares».

c) «Los gastos extraordinarios de los hijos deberán ser satisfechos por mitad entre los progenitores, no incluyendo entre los mismos los gastos de matrícula escolar, libros o material escolar o ropa, ya que los mismos son gastos ordinarios. En lo relativo a las actividades extraescolares o de ocio, de carácter no necesario o no recomendadas bien por el colegio como refuerzo, bien por facultativo médico o por psicólogo, solo se deberán de asumir por mitad las que se realicen por los menores de común acuerdo por los progenitores, siendo en caso contrario asumido el coste de dicha actividad por aquel progenitor que unilateralmente haya decidido la realización de dicha actividad.

En todo caso, los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente deberán se consentidos por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con un gasto extraordinario de los menores, así como el importe del mismo junto con los documentos correspondientes, 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 el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Solo los gastos extraordinario de carácter urgente y necesario, se podrán realizar sin previo consentimiento del otro progenitor o autorización judicial».

2.- Don Rafael , hoy parte recurrida, interpuso demanda de divorcio frente a doña Luz , hoy recurrente, solicitando la adopción de medidas en relación a los cuatros hijos menores comunes en los términos acordados en el auto de medidas provisionales.

3.- Doña Luz se mostró conforme con el divorcio y solicitó medidas diferentes a las acordadas en dicho auto.

4.- El Juzgado de Primera Instancia mantuvo, acogiendo la pretensión de don Rafael , las medidas provisionales.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, que había sido interpuesto por doña Luz , y confirmó la sentencia del Juzgado.

6.- Doña Luz interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, cuyo análisis se efectúa en los siguientes fundamentos de derecho.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- *Examen del motivo primero. Desestimación*

En el motivo primero de los cinco que contiene el recurso, se atribuye a la Audiencia Provincial haber vulnerado el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por inadmitir la prueba propuesta (ocho documentos) .

El motivo se desestima porque los documentos aportados eran innecesarios e irrelevantes para resolver los motivos de apelación (régimen de contribución a los gastos de actividades extraescolares, supresión de visitas entre semana, inicio de las visitas de vacaciones y cuantía de la pensión alimenticia), como razonó la Audiencia Provincial -razonamiento que la Sala comparte- en sus autos de 8 de enero de 2013 y de 22 de febrero 2013 (el primero inadmitió la prueba; el segundo confirmó la decisión).

Por lo que atañe al documento octavo, un informe emitido por un psicólogo, cabe añadir que no era el medio idóneo para probar un cambio de circunstancias tal -la recurrente afirma que «se ha producido un progresivo necrosamiento de las relaciones entre los niños y su padre»- que impusiera la modificación del régimen de visitas y del régimen de estancias acordado como medida previa, confirmada primero por el Juzgado y después por la Audiencia. Una modificación como la pretendida por la recurrente debió contar no con una opinión psicológica escrita (esta es la condición que corresponde al informe presentado) sino con una prueba pericial practicada por el equipo psicosocial del Juzgado y sometida al principio del contradicción, a fin de que las partes y el juzgador pudieran pedir cuantas aclaraciones, precisiones y complementos consideraran necesarios.

TERCERO.- Examen del motivo segundo. Desestimación

En el segundo motivo del recurso, se atribuye a la Audiencia Provincial haber vulnerado el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone, en los procesos de menores (y otros) el deber de resolver con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

El motivo se desestima también por cuanto la recurrente no expone la razón por la que habría existido tal vulneración. Después de enunciar el motivo, la recurrente se limita a transcribir dos párrafos de la sentencia núm. 721/2011 de esta Sala.

Por otra parte, este motivo, independiente o quizá ligado al anterior, adolece de la falta de toda pretensión.

CUARTO.- Examen del motivo tercero. Desestimación

Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber incurrido en error, que califica de patente y notorio, al valorar la prueba referente a los ingresos de don Rafael y de ella.

Por lo que se refiere a los ingresos de don Rafael, la recurrente afirma que son superiores a los declarados como ciertos por la Audiencia, ya que esta no computó los aproximadamente trescientos euros mensuales que percibía por las clases que impartía en la Universidad de Cantabria y el importe devuelto por la Agencia Tributaria.

Por lo que respecta a los ingresos de la recurrente, esta afirma que fueron inferiores a los declarados como ciertos por la Audiencia ya que estos son brutos y había que computar el importe neto.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

1. Por lo que respecta a los ingresos del progenitor no custodio correspondientes a las clases universitarias, la Audiencia Provincial se expresa así: «Los ingresos del padre son los que resultan de la certificación obrante al folio 436, ascendiendo, en cómputo líquido anual a la suma de 52 574,35 euros; las remuneraciones por su trabajo como profesor asociado son por las condiciones de prestación temporales y módicas (en torno a trescientos euros mensuales)».

En consecuencia, aunque pudiera entenderse que no los computa, la interpretación más razonable es entender que sí los tuvo en cuenta desde el momento que se refiere a ellos en el apartado de ingresos del padre y no existe razón alguna para excluirlos.

Por lo que se refiere a la cantidad devuelta por la Agencia Tributaria, varias razones conjuntas fundamentan que no se tenga en cuenta la alegación de la recurrente.

Sucede en primer lugar que es irrelevante (como lo serían los ingresos por las clases o los rendimientos del capital mobiliario), ya que no se trata de que el progenitor no custodio aporte una mayor contribución económica cuando gana más, sino de que con la que aporta (1.200 euros mensuales, unida a la equivalente de la recurrente) se considere que las necesidades ordinarias de los hijos quedan cubiertas. Después ha de tenerse en cuenta que no es segura la devolución de cantidad alguna cada año, siendo posible también que el progenitor no custodio tenga que pagar. Por último no puede olvidarse que la recurrente también ha

percibido, aunque sea inferior a la del progenitor no custodio, una determinada cantidad a consecuencia de la declaración de la renta.

2. Por lo que se refiere a los ingresos económicos de la recurrente, es improcedente acceder a su petición ante la variación del trabajo: la realización de guardias como médico del Hospital no es fija, como tampoco el régimen de trabajo, ya que durante un tiempo hizo jornada reducida y después jornada completa.

QUINTO.- Examen del motivo cuarto. Desestimación

En este motivo, la recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque su sentencia carece, como la del Juzgado, de motivación.

La falta de motivación la refiere la recurrente a varios extremos: la fijación de las cantidades ingresadas por el progenitor no custodio, las necesidades de los hijos y las aportaciones de cada progenitor para cubrir esas necesidades.

El motivo se desestima por las siguientes razones.

1. Por lo que se refiere a los ingresos del progenitor no custodio, la Audiencia se apoyó, como el Juzgado en su sentencia y en el auto de medidas provisionales, en la documental aportada.

2. Por lo que atañe a las necesidades de los hijos, es cierto que la Audiencia Provincial no los cuantifica de forma expresa, como tampoco el Juzgado. Pero sí lo hace de forma implícita, como resulta precisamente de la operación matemática realizada por la recurrente: si la contribución de cada uno es de 1200 euros (la Audiencia dice que la de la recurrente es equivalente a la del progenitor no custodio), de un lado, y los dos progenitores podían contribuir con una cantidad más alta, lo razonable es entender que la Audiencia Provincial consideró que las necesidades de los cuatro hijos ascendían a 2.400 euros mensuales, quedando al margen los gastos ocasionados de carácter extraordinario.

3. Por lo que respecta al criterio de proporcionalidad, baste decir que la recurrente no alega realmente falta de motivación, sino disconformidad con la cantidad fijada por la Audiencia, y es sabido (por todas, sentencia de 21 de noviembre de 2005) que corresponde a los Tribunales de instancia establecerla, sin que el Tribunal Supremo pueda modificarla salvo que sea contraria a las normas de la lógica o de la razón. En cualquier caso, sería una cuestión propia del recurso de casación y no del recurso extraordinario por infracción procesal.

En definitiva, resultó cumplido el deber de motivar las resoluciones impuesto por el artículo 120.3 de la Constitución Española y el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque existe una motivación que, si bien es somera, resulta suficiente respecto de cada uno de los extremos a que la recurrente se refiere. Como resulta de lo expuesto, la recurrente tuvo cabal conocimiento de las razones por las que la Audiencia Provincial y el Juzgado tomaron sus decisiones, siendo cuestión distinta que la recurrente no esté de acuerdo con ellas.

SEXTO.- Examen del motivo quinto. Desestimación

Con apoyo procesal en el artículo 469.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber vulnerado los artículos 453.1, 456.4 y 218.1 de la misma Ley, porque no respondió «a todas las cuestiones planteadas ni [...] a todos los puntos litigiosos objeto de debate».

Se desestima el motivo porque la recurrente no concreta las cuestiones sobre las que la Audiencia Provincial guardó silencio, no especifica las que habrían dado lugar a una incongruencia por omisión. Cuando se afirma la existencia de una incongruencia de esta clase, es obligado señalar cuáles son las cuestiones respecto de las que el Tribunal debió pronunciarse y no lo hizo, siendo improcedente a los efectos de esta concreción decir que «a tal efecto basta cotejar la contestación a la demanda con la sentencia de instancia y los motivos del recurso con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

RECURSO DE CASACIÓN

SÉPTIMO.- Motivo primero: cuestiones planteadas. Resolución en sentido desfavorable a la recurrente

En el motivo primero de los cuatro que contiene el recurso, la recurrente afirma que la Audiencia Provincial vulneró el artículo 146 del Código Civil «en la determinación del importe de la pensión alimenticia».

Con ocasión de desarrollar el motivo, la recurrente plantea varias cuestiones de distinta naturaleza.

1. Las capacidades económicas de don Rafael y de ella. Reitera aquí la recurrente las dos afirmaciones realizadas en el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal: el erróneo por defecto cómputo de los ingresos de don Rafael y el erróneo por exceso cómputo de ella.

Como ya se han examinado estas disconformidades y la Sala ha decidido desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, no es necesario ahora exponer ninguna otra razón para resolver en contra de la recurrente esta primera cuestión.

2. Valoración de la dedicación y cuidado que la recurrente dispensa a los cuatro hijos.

Le asiste la razón en el planteamiento abstracto de la cuestión, pues ninguna duda puede existir respecto a que la atención y el cuidado que el progenitor custodio dispensa a los hijos comunes deben ser valorados, por cuanto así lo dispone el artículo 103.3ª del Código Civil : «Se considerará contribución a dichas cargas [las cargas del matrimonio] el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad».

Sin embargo, no procede concluir que la Audiencia Provincial incumpliera la regulación legal, ya que con ocasión de fijar la contribución del progenitor no custodio (1.200 euros mensuales) razona así: «Conforme a lo expuesto, la cantidad mensual fijada con cargo al padre (1.200 euros) se considera acorde con las necesidades ordinarias de los menores, teniendo en cuenta la equivalente aportación de la madre y el pago adicional de los gastos extraordinarios». (La expresión «teniendo en cuenta la equivalente aportación de la madre», si bien es equívoca, no existe razón para concluir que la Audiencia Provincial no incluyera en esa valoración de la aportación de la madre lo que correspondiera al cuidado y trabajo que le dedicaba a los hijos comunes).

3. Con la finalidad de demostrar que los ingresos de don Rafael fueron superiores a la cantidad fijada por la Audiencia Provincial, la recurrente invoca el «abono futuro que supondría la desgravación en el IRPF».

Basta señalar, para resolver esta cuestión en sentido desfavorable a la recurrente, que si se produce alguna de las hipótesis que contempla se producirá entonces -no ahora, por tanto- la razón que podría llevarla a solicitar una modificación de la pensión alimenticia.

4. Gastos acreditados para el cuidado de los hijos

Ante todo la Sala entiende necesario subrayar que la cantidad fijada por el auto de medidas provisionales, al que se remitieron el Juzgado y la Audiencia, no es la de 14.400 euros. Esta cifra es la que la recurrente, con base en una operación incorrecta (multiplica por doce únicamente la contribución del progenitor no custodio) dice que los órganos judiciales dijeron.

Aún admitiendo este método, la cantidad resultante sería el doble, pues habría que multiplicar por doce también la contribución de la recurrente.

Dicho esto, la cantidad que la recurrente afirma suman los gastos de los hijos no es atendible. No cabe objetar, con la finalidad de obtener del progenitor no custodio una mayor pensión alimenticia, que las necesidades de los hijos son superiores dada la escasa fiabilidad que a este respecto tiene la postura de la recurrente: mientras que en la contestación a la petición de medidas previas afirmó, presentando determinada documentación, que los gastos ordinarios ascendían a 95.939 euros anuales, en el recurso de apelación redujo esta cantidad en un 25% sin dar razón de ello, y en el recurso de casación mantuvo esa reducción con la siguiente explicación: «Según la documentación y justificantes que se aportaron por esta defensa, los gastos anuales asciende a más de 91.000 euros. Aun considerando que en aquella relación se hayan incluidos gastos no individualizables y que afectan a la total unidad familiar (cosa que se trató de evitar, intentando incluir en aquella relación solo los gastos directamente relacionados con los menores) y reduciendo su importe total en un 25%, resultaría un total de gastos exclusivamente referidos a los menores de 68.250 euros anuales (5.687 euros mensuales)».

Por último, examinada la relación presentada en las medidas previas, ha de concluirse que está presidida por lo inadecuado (aparecen gastos propios de la recurrente y no de los hijos) y lo excesivo, pues la cuantía de 5.687 euros mensuales como gastos ordinarios para los cuatro hijos quizá respondiera a una determinada situación económica durante el matrimonio, pero es difícilmente asumible una vez que la situación se modifica después del divorcio.

OCTAVO.- *Motivos segundo y tercero. Desestimación*

El motivo segundo tiene dos partes.

1. En la primera, referida a la decisión de la Audiencia de que cada progenitor abone la mitad de los gastos extraordinarios, la recurrente no cita norma alguna infringida.

Dado que el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el recurso de casación habrá de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, esta parte del motivo incurre en causa de inadmisión que se convierte ahora en causa de desestimación.

2. En la segunda parte, la recurrente plantea una cuestión ligada con el motivo tercero: si son ordinarios o no determinados gastos.

La recurrente solicita, a fin de reforzar la petición de aumento de la contribución económica del progenitor no custodio, que se consideren como gastos ordinarios, discrepando así de la calificación dada por la Audiencia Provincial, los referentes a las actividades extraescolares que durante el matrimonio estaban consensuadas por los dos progenitores.

La segunda parte del motivo segundo y el motivo tercero no pueden ser estimados.

Es cierto que tiene declarado la Sala, en su sentencia núm. 721/2011, de 26 de octubre, como indica la recurrente, que «si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la educación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel económico que existía antes de la separación/divorcio, deben considerarse los gastos acordados como ordinarios».

Como resulta de lo transcrito, la condición de gastos ordinarios depende, por un lado, de que los progenitores estuvieran de común acuerdo durante el matrimonio y, por otro, de que el nivel económico que tuvieran continuara después de la ruptura.

Y en el caso, no consta acreditado que los progenitores estuvieran de acuerdo entre sí en que los hijos realizaran todas las actividades extraescolares a que se refiere la recurrente (deportes, idiomas, música, viajes, vacaciones y campamentos). El progenitor no custodio lo niega, afirmando que algunas las pagaba la recurrente con sus propios ingresos ya que a él no le parecían bien.

Y por lo que atañe a la situación económica posterior a la ruptura, es difícil aceptar que no ha variado, ya que, excepto supuestos en los que la economía es muy alta, cambia a causa de la modificación de la vida: de una vida conjunta se pasa a una vida separada, lo que crea duplicidad de gastos.

NOVENO.- *Motivo cuarto: planteamiento e inadmisión*

Dice la recurrente que la Audiencia Provincial vulneró los artículos 94 y 160 del Código Civil porque estableció un inadecuado régimen de visitas y de estancias.

El motivo debe ser desestimado porque, para demostrar el perjuicio que el régimen de visitas causa a los hijos, la recurrente invoca una prueba inadmitida. Así resulta de sus propias expresiones: «si la ponente hubiera admitido la prueba propuesta habría comprobado que...»; «dicha prueba fue [el informe psicológico] como hemos dicho anteriormente inadmitida».

Por lo demás, debe subrayarse en primer lugar que el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada la ratificación en el Boletín Oficial del Estado del siguiente 31 de diciembre) establece que los Estados respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Y en segundo, que los documentos aportados no acreditan ese perjuicio que la recurrente invoca, debiendo señalar que la recurrente no propuso una prueba pericial que, sometida a los principios de inmediatez y contradicción, fuera practicada por el equipo psicossocial del Juzgado, sino un informe escrito respecto del que la contraparte y el Tribunal de apelación no hubieran podido preguntar.

DÉCIMO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 394, en relación con el artículo 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas del recurso.

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

FALLAMOS

1. Se desestiman los recursos de infracción procesal y casación interpuestos por doña Luz, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander en el recurso núm. 919/2012, procedente de los autos de juicio verbal en materia de familia núm. 308/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santander.

2.- Se condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas por sus recursos.



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

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ