

Roj: **STS 114/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:114**Id Cendoj: **28079110012017100022**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/01/2017**Nº de Recurso: **212/2015**Nº de Resolución: **33/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 19 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recursos extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas n.º 845/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Majadahonda, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Andrea , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Quesada Martínez, siendo parte recurrida don Marino , representado por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina. Autos en los que también 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 Ibáñez Gómez, en nombre y representación de don Marino , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Andrea y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se acuerde reducir la pensión de **alimentos** a los hijos menores en la cantidad de 194,25 euros a cada uno de ellos (388,50 euros en conjunto) y ello en base a los argumentos expuestos en el cuerpo del escrito».

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.

2.- La procuradora doña María Teresa Quesada Martínez, en nombre y representación de doña Andrea , 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 acuerde desestimar íntegramente la demanda con expresa condena en costas al demandante».

**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 2 de Majadahonda, dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«que desestimando la demanda formulada por don Marino contra doña Andrea debo acordar y acuerdo que no lugar a la modificación de medidas definitivas acordadas en autos de divorcio de Mutuo Acuerdo n.º 983/2010.

»Que no procede hacer expresa imposición de costas».



**TERCERO.**- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Marino . La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Marino , representado por la procuradora doña Victoria Venturino Medina, contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Majadahonda , dictada en el proceso sobre modificación de medidas n.º 845/2012, seguido con doña Andrea , representada por la procurador doña María Teresa Quesada Martínez; debemos revocar y revocamos la expresada resolución ;y en su consecuencia debemos acordar.

»Que habiendo lugar a la modificación de medidas definitivas acordadas en autos de divorcio de Mutuo acuerdo cuantificar la pensión de **alimentos** a favor de los hijos del matrimonio de los litigantes en la suma mensual de 600 euros (300 euros por cada hijo); prestación a cargo del progenitor no custodio don Marino ; prestación que hará efectiva en doce mensualidades al año dentro de los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará anualmente con efectos de primero de enero de cada año conforme el incremento de previos al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística.

»Manteniendo el resto de las medidas pactada y sancionadas en sentencia de divorcio de fecha 30 de septiembre de 2011.

»Siendo estimatorio el recurso procedase a la devolución del depósito al consiguiente salvo que sea beneficiario de justicia gratuita».

**CUARTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Andrea , con apoyo en los siguientes: Motivos: Único

«Infracción de las normas procesales reguladoras de la resolución y su relación con la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos. Todo ello en base a los artículos 469.1.2 . y 469.1.4 de la LEC por infracción del artículo 218 de LEC , en relación con los artículos 9.3. 24 y 120.3. de la Constitución Española así como el 3 y 93 del Código Civil ».

Igualmente se interpuso recurso de casación con apoyo en el siguiente motivo:

«por su fragante oposición a la Jurisprudencia de la Sala del **Tribunal Supremo** en materia de pensión de **alimentos** a favor de hijos menores en tanto en cuanto se contraria la interpretación que del artículo 146 del Código Civil y el juicio de proporcionalidad en el contenido que realiza esta Sala y al resto de normas aplicables para la determinación de la pensión de **alimentos** entre parientes».

**QUINTO.**- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 28 de septiembre de 2016 , 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 Víctorino Venturini Medina, en nombre y representación de don Marino , presentó escrito de impugnación al mismo.

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

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de enero de 2017, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación, contra la sentencia que modifica la medida de **alimentos** de los dos hijos menores de las partes en su día acordada.

En el primero acusa la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 9.2 , 24 y 120.3 de la Constitución , y artículos 3 y 93 del Código Civil . Se refiere a la falta de motivación de lo resuelto por la Audiencia respecto al cálculo de la pensión por **alimentos** que debe abonar el padre no custodio, lo que se hace sin argumentos para cuantificar la nueva pensión; todo ello apoyado por la necesidad de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

En el segundo, formulado en interés casacional, se dice que la solución es contraria al artículo 146 del CC y a la jurisprudencia de esta Sala, señalando que no han variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la adopción.



Los dos se desestiman. El primero porque lo que está cuestionando, a partir de una indebida cita en el motivo de normativa procesal, constitucional y sustantiva, no es tanto una falta de motivación que, aunque mínima, no solo existe, sino que es suficiente para apreciar la causa de la decisión judicial, como el desacuerdo de la parte recurrente con aquello que constituye el fondo de la cuestión que luego se plantea en casación sobre la modificación de la cantidad de **alimentos** para los hijos comunes y, en concreto, el impacto que tiene en la pensión de **alimentos** la ocupación y uso de la vivienda familiar la nueva familia creada por la actual pareja de la demandada, conviviente en el que fue domicilio familiar, propiedad de ambos litigantes.

También se desestima el de casación. La sentencia justifica el cambio de circunstancias con estos argumentos:

«...el hecho de que la actual pareja de la demandada, y el hijo de ambos convivan en el que fue domicilio familiar, propiedad de los litigantes, y que por sentencia de la que dimana esta modificación fue atribuida al uso de los hijos habidos y a la demandada, por razón de atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes; sí es un hecho nuevo, no meramente coyuntural e imprevisto en su momento, y de entidad suficiente que debe tener su trascendencia en el orden económico, y por lo tanto en la medida económica cual es la cuantía de la pensión de **alimentos** a favor de los hijos acordada en su día en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 30 de septiembre de 2011; y ello debido a que, además de repercutir en la contribución de gastos, tales como los de comunidad de la vivienda -al ser repartidos al 50%- , y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la pensión de **alimentos** en su día, son gastos estos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, ahora apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso; lo cual debe tener, por razones de equidad y justicia su repercusión a la hora de modificar la cuantía de la pensión de **alimentos** de los hijos, en los cuales la vivienda forma parte integrante del concepto de **alimentos**, conforme el artículo 142 del Código Civil , obligación que recae sobre ambos progenitores, y no solamente sobre el progenitor no custodio; y por lo tanto, al beneficiarse el progenitor custodio con su nueva familia de la ocupación, por uso atribuido a los hijos anteriores de la vivienda, propiedad por indiviso de ambos litigantes, ello debe tener también su trascendencia económica a los efectos de la mencionada contribución del progenitor custodio; por todo ello, y valorando todas y cada una de las circunstancias expuestas, y por concurrir los requisitos exigidos en los artículos 90 , 91 in fine del Código Civil , en relación con los artículos 93 , 145 y 146 del Código Civil , debe cuantificarse la pensión de **alimentos** a favor de los hijos en la suma mensual de 300 euros por hijo».

Es decir, la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil , no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia, y es a la vista de este planteamiento por lo que el recurso de casación no puede admitirse porque con la valoración probatoria y jurídica de la sentencia, no es posible sostener que el juicio de proporcionalidad realizado sea ilógico o desproporcionado.

Es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias 27 de enero , 28 de marzo y 16 de diciembre de 2014 ; 14 de julio y 21 de octubre de 2015 que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC «corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146», de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, «entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación».

Y no lo es en este caso porque este juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y necesidades del alimentista se ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los **alimentos**, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de **alimentos**, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación.

**SEGUNDO.**- En cuanto a las costas de ambos recursos, se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

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



Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación formulados por la representación legal de doña Andrea , contra la sentencia dictada por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2014 ; con expresa imposición de las costas a la recurrente. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ