

Roj: STS 4291/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4291

Id Cendoj: 28079110012015100567

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1369/2014

Nº de Resolución: 586/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil quince.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 949/2012 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio por divorcio contencioso núm. 147/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granadilla de Abona, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Ramsés Antonio Quintero Fumero, en nombre y representación de don Luis Angel, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Lorena Martín Hernández, designada del turno de oficio del Ilre. Colegio de Procuradores, en calidad de recurrente y el procurador don Francisco Inocencio Fernández Martínez, designado igualmente del turno de oficio del Ilre. Colegio de Procuradores, en nombre y representación de doña Marta en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Ana Jesús García Pérez, designada del turno de oficio para la representación de doña Marta, interpuso demanda de divorcio contencioso contra don Luis Angel y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado «en su día se dicte sentencia en la que se adopten como definitivas las medidas interesadas en el cuerpo de este escrito».

Y en el hecho tercero de su demanda se interesa:

«solicitando, además la adopción, por este Tribunal, de una serie de medidas reguladoras que se detallan a continuación:

A) DIVORCIO.- Que se decrete el Divorcio y por ende la disolución del matrimonio.- Los cónyuges podrán vivir separados y quedan en libertad para regir su persona y bienes en la forma que tengan por conveniente.

La pensión de alimentos, antes descrita, será objeto de revisión anual según el incremento del coste de la vida que publica el Instituto Nacional de Estadística.

B) ATRIBUCIÓN DEL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA CONYUGAL Y AJUAR DOMÉSTICO.- Nada que fijar por cuanto el domicilio familiar sito en C/ DIRECCION000 núm. NUM000, San Isidro, era una vivienda de alquiler y ya se ha resuelto el contrato, residiendo cada cónyuge en una vivienda de alquiler diferente sita en los domicilios descritos en el encabezado de este escrito.

C) HIJOS Y RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA, ALIMENTOS Y BASES DE ACTUALIZACIÓN.- Se interesa que se fije que la patria potestad sobre los dos menores sea compartida entre los dos progenitores de tal manera que todas las decisiones que les afecten serán tomadas de común acuerdo, teniendo siempre presente el interés de la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 152 del Código Civil. No obstante lo dispuesto, anteriormente, los hijos menores de edad, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre.

Como régimen de visitas a favor del padre se interesa que se establezca el siguiente:

Que el padre podrá estar en compañía de sus hijos, menores de edad, todos los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas en que los entregará al domicilio materno y los fines de semana alternos, consistentes en viernes desde la salida del colegio hasta el domingo a las 19.00 horas en que los reintegrará al domicilio materno.

En cuanto a las vacaciones se establece que el padre también tendrá derecho a estar en compañía de sus hijos la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano, para lo que se dividirán en dos períodos de igual duración, eligiendo, en los años pares, el padre y, en los impares, la madre, la mitad del período que le corresponda. Se interesa que en concreto para el período de Navidad, se fije que el día 6 de enero, los menor tendrán derecho a estar con el otro progenitor que no esté disfrutando de su período vacacional desde las 16.00 horas hasta las 20.00 horas de la tarde.

Se interesa, igualmente que en todos estos casos, el progenitor que no esté disfrutando del período de vacaciones de los menores podrá solicitar al que si las esté disfrutando, visitarlos, previo aviso y siempre que sea, objetivamente posible acceder a ello.

Cualquier traslado del menor fuera de la Isla de Tenerife, en compañía de cualquiera de los progenitores, deberá decidirse de mutuo acuerdo y previa comunicación fehaciente a la otra parte.

QUINTO: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y BASES DE ACTUALIZACIÓN, CARGAS FAMILIARES.- En cuanto a los alimentos que se interesan para los dos menores nacidos del matrimonio, el padre deberá ingresar en la cuenta que designe la madre la cantidad de CUATROCIENTOS EUROS (400.- EUROS) mensuales, que deberá pagar los cinco primeros días de cada mes.

Además deberá, el padre, contribuir al pago de la mitad de los gastos extraordinarios, tales como aquellos gastos médicos o quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social y los gastos extraordinarios de educación como por ejemplo: campamentos, cursos en el extranjero, estudios superiores, etc.

Se establece dicha cantidad por cuanto es la que mejor se ajusta no sólo a la economía del demandado sino, además, a las necesidades de los menores, teniendo además en cuenta que mi defendida empezará a percibir en este mes la ayuda familiar que asciende aproximadamente a la suma de 400.- euros con los que debe abonar la renta mensual del piso por importe de 390.- euros más un préstamo por la financiación de un vehículo por importe de 200.- euros que actualmente no ha podido asumir dado que no le alcanza con lo que está percibiendo teniendo que recurrir una y otra vez a la escasa ayuda familiar que colaboran con alimentos para ella y sus hijos en la medida que pueden.

E) Liquidación de la sociedad de gananciales: la sociedad de gananciales se encuentra aún sin liquidar, pendiente del procedimiento correspondiente».

2.- Admitida la demanda, sustanciada por los trámites de juicio verbal con sujeción a las reglas del art. 770 de LA Ley de Enjuiciamiento Civil , el Fiscal contestó a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables interesando del juzgado «dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

3.- La procuradora doña Belén Galindo Ramos, designada del turno de oficio, en representación de don Luis Angel , 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, estimando íntegramente la presente contestación a la demanda, se declare el DIVORCIO entre D. Luis Angel y Dña. Marta , y se acuerden como definitivas las medidas interesadas en el cuerpo de este escrito».

Y en el hecho tercero de su contestación manifiesta su disconformidad con la medida interesada en la demanda, en concreto, con la pensión de alimentos a favor de sus hijos que solicita no supere los 100.- euros, dada su situación personal y económica.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granadilla de Abona se dictó sentencia, con fecha 20 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO.**

Que, con estimación PARCIAL de la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña Ana Jesús García Pérez, como demandante y en nombre y representación de Doña Marta , contra Don Luis Angel como demandado:

ACUERDO EL DIVORCIO de los expresados litigantes con todos los efectos legales derivados de tal declaración.

ACUERDO un régimen de visitas que se extenderá a los fines de semana alternos desde la hora de salida del colegio los viernes, hasta las 19 horas del domingo. La devolución de los menores se efectuará en el domicilio de la madre. Asimismo el padre tendrá al menor en su compañía los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Los meses de julio y agosto se dividirán en periodos quincenales, correspondiendo la elección del primero a la madre los años impares y al padre los pares. El periodo de navidad se dividirá en dos partes iguales, correspondiendo el primero comprensivo del día 22 de diciembre a la salida del colegio hasta las 16 horas del 31 de diciembre y el segundo desde las 16 horas del día 31, hasta las 16 horas del día 7 de enero. El día 6 de enero se dividirá en dos partes, el primero hasta las 14 horas corresponderá al progenitor con el que pernocte y el segundo hasta las 20 horas al otro progenitor.

El progenitor que no tenga consigo al menor el día 24 de diciembre lo tendrá en su compañía el 25 de diciembre desde las 10 horas hasta las 20 horas.

La elección de los distintos periodos le corresponderá al padre los años pares y a la madre los impares.

ACUERDO que el demandado Don Luis Angel debe satisfacer en concepto de alimentos, la cantidad de 100.- # mensuales a Doña Marta , dentro de los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta que a tal efecto la madre designe, siendo de aplicación el incremento anual del IPC, en base al índice publicado por el INE, que se produzca en los ejercicios venideros.

No se realiza especial pronunciamiento en costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 31 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.^a Marta , en el expresado sentido de revocar la sentencia de instancia en el exclusivo extremo de elevar la pensión alimenticia a 250.- euros mensuales para ambos hijos, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.

TERCERO .- 1.- Por la representación procesal de D. Luis Angel se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de las normas procesales que regulan la sentencia por falta de motivación o subsidiariamente por motivación incorrecta, en cuanto a la fijación de las bases determinantes del importe de los alimentos. Se produce infracción del art. 218.2 LEC .

Segundo.- Vulneración del art. 24 CE , por haber incurrido la sentencia recurrida en error patente y notorio "y/o de la interpretación ilógica e irrazonable de la documental acompañada a los autos para la determinación de las necesidades de los alimentistas y de la capacidad económica del alimentante".

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primero y único.- Vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación. Vulneración producida al no atenderse a la relación que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 8 de abril de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador don Francisco Inocencio Fernández Martínez, en nombre y representación de doña Marta , presentó escrito de oposición a ambos, por su parte el Ministerio Fiscal intervino solicitando la estimación de ambos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del motivo único de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de octubre del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D.^a Marta interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra D. Luis Angel .

La demanda se fundamenta en los siguientes extremos:

a) La demandante y el demandado contrajeron matrimonio civil en Arona el día 1 de junio de 2001, naciendo de dicha unión dos hijos menores edad, Indalecio y Justo , nacidos el NUM001 de 2001 y NUM002 de 2007, respectivamente.

b) Como consecuencia de desavenencias en el matrimonio la convivencia entre la demandante y el demandado se ha hecho insostenible y es por ello que se ha roto la misma, no habiéndose reanudado desde entonces

c) En consecuencia se solicita que se decrete el divorcio y la disolución del matrimonio, la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal y el ajuar doméstico, se fije la patria potestad compartida con atribución de la guarda y custodia a la madre con el consiguiente régimen de visitas a favor del padre, la fijación de una pensión de alimentos para los dos menores en la suma de 400.- euros mensuales.

La parte demandada se manifestó conforme con que se decrete el divorcio de los cónyuges, la atribución de uso y disfrute de la vivienda conyugal y ajuar domestico así como la patria potestad compartida con atribución de la guarda y custodia a la madre y el régimen de visitas propuesto, manifestándose disconforme con la pensión de alimentos por entender que resulta excesiva atendida la capacidad económica del padre. Más en concreto señala que su único ingreso es la cantidad de 426.- euros mensuales en concepto de subsidio por desempleo, proponiendo se fije una pensión de alimentos en favor de los hijos que no supere la suma de 100.- euros mensuales.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda fijando la pensión de alimentos en la suma de 100.- euros mensuales, cantidades pagaderas por meses anticipados entre el día 1 al 5 de cada mes en la cuenta designada por la madre y actualizables anualmente conforme a las variaciones del IPC.

Dicha resolución, tras considerar probado que el demandado percibe la suma de 426.- euros en concepto de prestación por desempleo además de una ayuda para comida del Ayuntamiento de Arona que asciende a 90.- euros y que satisface en concepto de renta por alquiler la suma de 300.- euros, estima pertinente fijar en concepto de alimentos la suma de 100.- euros.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D.^a Marta , que fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, de fecha 31 de marzo de 2014 . Dicha resolución estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda, fijando la pensión de alimentos en la suma de 250.- euros al mes.

Esta resolución señala que en el presente caso los ingresos del padre son los propios del desempleado, percibiendo aproximadamente la suma de 450.- euros mensuales de subsidio de desempleo. No obstante considera que la suma de 100.- euros fijada por la sentencia de primera instancia es extremadamente baja atendida la existencia de dos hijos, uno de 13 años y otro de 7 años, estando por debajo de los umbrales que este Tribunal viene defendiendo, fijando la cuantía de dicha pensión en la suma de 250.- euros.

Recorre en EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y CASACIÓN, la parte demandada, D. Luis Angel .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la materia, todo ello de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

El RECURSO DE CASACIÓN se articula en un **motivo único** , en el que tras citar como precepto legal infringido el artículo 154.2 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional se citan las Sentencias de esta Sala de fechas 21 de noviembre de 2005 y la que en ella se citan, relativas al juicio de proporcionalidad en la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos.

Dichas resoluciones establecen la siguiente doctrina:

"En la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (Sentencias de 16-11-1978 , 30-10-1986 , 5-10-1993 y 3-12-1996), o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil .".

Igualmente se citan como opuestas a la recurrida las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, de fechas 23 de octubre de 2012 , 19 de diciembre de 2013 y 18 de abril de 2013 , las cuales fijan como importe mínimo a fijar en concepto de pensión de alimentos la suma de 180.- euros, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 21 de mayo de 2012 , la cual fija como importe mínimo a fijar en concepto de pensión de alimentos la suma de 120.- euros.

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida por cuanto se infringe el principio de proporcionalidad a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia en tanto que percibiendo la cantidad de 426.- euros al mes la suma de 250.- euros fijada como importe de la pensión resulta claramente desproporcionada ya que con la cantidad restante no puede atender sus necesidades más básicas, reiterando que se fije en la suma de 100.- euros mensuales.

El RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL se articula en dos motivos.

En el **motivo primero** , al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC , se alega la infracción del artículo 218.2 de la LEC . Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida carece de motivación por cuanto no explica la razón y criterios en virtud de los cuales se fija la suma de 250.- euros en concepto de alimentos.

Por último, en el **motivo segundo** , al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC , se alega la infracción del artículo 24 de la CE . Denuncia la parte recurrente la errónea valoración de la prueba documental al determinar las necesidades del alimentista y de la capacidad económica del alimentante.

El Ministerio Fiscal, solicitó ante esta Sala, la estimación de los recursos.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO .- *Motivo primero.-Infracción de las normas procesales que regulan la sentencia por falta de motivación o subsidiariamente por motivación incorrecta, en cuanto a la fijación de las bases determinantes del importe de los alimentos. Se produce infracción del art. 218.2 LEC .*

Motivo segundo.-Vulneración del art. 24 CE , por haber incurrido la sentencia recurrida en error patente y notorio "y/o de la interpretación ilógica e irrazonable de la documental acompañada a los autos para la determinación de las necesidades de los alimentistas y de la capacidad económica del alimentante".

Se desestiman los dos motivos, que se analizan conjuntamente .

Alega el recurrente que en la sentencia de la Audiencia Provincial no se motivan los razonamientos por los cuales se fija la pensión de alimentos en la cuantía de 250.- euros mensuales, para los dos hijos, en lugar de la de 100.- euros que había fijado el Juzgado. Igualmente alega que se produce un error en la valoración de la prueba, al no tenerse en cuenta los gastos de alquiler del padre.

Esta Sala debe declarar que la sentencia recurrida se ajusta a lo dispuesto en el art. 218 LEC , en cuanto menciona la situación de desempleado del padre, la edad de los hijos, la necesidad de demostrar el interés en encontrar trabajo, la contribución de la madre a los alimentos de los hijos, razonamientos todos ellos que acreditan las causas que llevan a la resolución.

Por otro lado, la no mención al alquiler no supone su desconocimiento, sino la valoración conjunta de las necesidades e ingresos.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO .- *Motivo único. Vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación. Vulneración producida al no atenderse*

a la relación que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante.

Se estima el motivo.

Plantea el recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad, solicitando que se mantenga la pensión fijada en la sentencia del Juzgado.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 28 de marzo de 2014, rec. 2840/2012 :

...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" (SSTs de 21 noviembre de 2005 ; 26 de octubre 2011 ; 11 de noviembre 2013 , 27 de enero 2014 , entre otras).

En el mismo sentido la sentencia de 16 de diciembre de 2014, rec. 2419/2013, cuando declara que esta Sala podrá revisar el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC si se ha vulnerado claramente el mismo o no se ha razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo citado.

Ratificando lo expuesto la sentencia de 14 de julio de 2015, rec. 2398/2013 .

Aplicada esta doctrina al presente recurso hemos de declarar que en la resolución recurrida no se respeta el canon de la proporcionalidad, al fijar una pensión alimenticia a cargo del padre de 250.- euros, para los dos menores, dado que el Sr. Luis Angel , percibe prestaciones públicas por importe de 516.- euros, está desempleado y gasta 300.- euros en alquiler.

Por lo expuesto asumiendo la instancia procede casar la sentencia y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 20 de marzo de 2012, en autos de juicio de divorcio núm. 147/2010 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granadilla de Abona.

CUARTO .- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Se imponen a la demandante las costas del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Luis Angel , representado por la Procuradora D.^a Lorena Martín Hernández, contra sentencia de 31 de marzo de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

2. Procede casar la sentencia y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 20 de marzo de 2012, en autos de juicio de divorcio núm. 147/2010 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granadilla de Abona.

3. No procede la imposición de costas de la casación al recurrente.

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Se imponen a la demandante las costas del recurso de apelación.

Procédase a la devolución del depósito para recurrir en casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Léida y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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