



Roj: **STS 3490/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3490**

Id Cendoj: **28079110012019100552**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **4793/2018**

Nº de Resolución: **575/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 701/2018,**
STS 3490/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 575/2019

Fecha de sentencia: 05/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4793/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4793/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 575/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 5 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2018, dictada en recurso de apelación 690/2017, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso 46/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 y de Violencia sobre la Mujer de DIRECCION001 ; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. José , representado en las instancias por la procuradora Dña. María Luisa Pilar Medialdea Vallecillos, bajo la dirección letrada de Dña. Inmaculada Vinuesa Sánchez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Cristina Bota Vinuesa en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Gabriela , representada por la procuradora Dña. María del Pilar Rejón Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. José , representado por la procuradora Dña. Luisa Pilar Medialdea Vallecillos y dirigido por la letrada Dña. Pilar Domínguez Lupiáñez, interpuso demanda de juicio de divorcio contra Dña. Gabriela y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia que:

"Declare:

"1.- La disolución mediante divorcio del matrimonio formado por Don José y Doña Gabriela .

"2.- El cese de la presunción de convivencia conyugal y la revocación de los poderes que mutuamente se hubieran otorgado los esposos.

Acuerde como medidas definitivas:

"1.º - Patria potestad y guarda y custodia.

"La patria potestad será compartida, si bien la guarda y custodia se atribuirá en exclusiva al esposo Don José .

"2.º - Régimen de visitas.

"La esposa, como progenitora no custodia, tiene a su favor un régimen de visitas para que visite y tenga en su compañía al hijo habido en el matrimonio, que aún es menor de edad, que incluye los fines de semana alternos y la mitad de los períodos vacacionales escolares.

"Para el cumplimiento de estas visitas, la madre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio del padre o en el lugar que éste con antelación suficiente le designe a tal fin.

"Los períodos de vacaciones escolares a los que se refiere el párrafo anterior son:

"En verano: el menor pasará un mes completo, julio o agosto, con cada uno de sus progenitores.

"En Navidad: Las vacaciones escolares se dividen en dos períodos y a cada progenitor le corresponderá uno de ellos. El primer período incluye el primer día de vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre, y el segundo desde ese momento hasta la vuelta al cole.

"En Semana Santa se hará igualmente, las vacaciones del menor se dividen en dos períodos. El primer período incluye desde el primer día de vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde ese día hasta la vuelta al cole.

"En caso de discrepancia sobre el período que corresponderá a cada progenitor estar con el menor, los años impares elegirá la madre y el padre los pares.

"3.º - Pensión de alimentos de los hijos menores:

"Como contribución al sostenimiento de las cargas familiares y en concepto de alimentos para su hijo menor, la Sra. Gabriela , abonará a su esposo mensualmente, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta bancaria que éste designe al efecto la cantidad de doscientos euros, cantidad que será anualmente actualizada de acuerdo con el índice de precios al consumo que oficialmente se publique, teniendo lugar dicha actualización el 1 de enero de cada año.

"4.º - Gastos extraordinarios:



"Los gastos extraordinarios que surjan con relación a la salud educación y bienestar del referido menor, y que excedan de los alimentos serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

"5.º- Uso del domicilio familiar:

"Se atribuirá al esposo pues, siendo la vivienda en cuestión propiedad privativa del marido, y que además se le ha de atribuir la custodia del menor hijo que de hecho ya vive con él, en ningún modo se justifica que la Sra. Gabriela permanezca en ella tras el divorcio.

"O subsidiariamente, acuerde como medidas definitivas:

"1.º- Patria potestad y guarda y custodia compartidas.

"La patria potestad, así como la guarda y custodia será compartida entre ambos progenitores, repartiéndose el tiempo de estancia del menor con uno y otro progenitor del siguiente modo:

"En período escolar el menor estará en compañía de cada progenitor una semana completa, esto es, desde el lunes a la salida del colegio, donde lo recogerá hasta el siguiente lunes que lo llevará al colegio. Durante esa semana, el progenitor no custodio podrá visitar y tener consigo a su hijo la tarde del miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas.

"Si por cualquier causa no hubiese colegio, la recogida y entrega del menor para el cambio de custodia o la visita intersemanal, se realizará en el domicilio del otro progenitor.

"Estas visitas intersemanales se suspenderán durante los meses de julio y agosto (en los que cada progenitor disfrutará de un mes completo con el menor), y también durante la mitad de la Navidad y de la Semana Santa que a cada uno corresponda.

"En verano: el menor pasará un mes completo, julio o agosto, con cada uno de sus progenitores.

"En Navidad: Las vacaciones escolares se dividen en dos períodos y a cada progenitor le corresponderá uno de ellos. El primer período incluye el primer día de vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, y el segundo desde ese momento hasta la reanudación de las clases.

"En Semana Santa se hará igualmente, las vacaciones del menor se dividen en dos períodos. El primero incluye desde el primer día de vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde ese momento y hasta la vuelta al cole.

"En caso de discrepancia sobre el período que corresponderá a cada progenitor estar con el menor, los años impares elegirá la madre y el padre los pares.

"2.º- Gastos del menor:

"Cada progenitor se hará cargo de todos los gastos corrientes que se ocasionen cuando el pequeño Carlos Ramón se encuentre a su cargo. Pero serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores todos aquellos gastos extraordinarios del menor, que surjan con relación a su salud, educación o bienestar, y estarán expresamente incluidos como tales, la ropa, las matrículas y el material escolar, las clases particulares y las actividades extraescolares, viajes de estudios, gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social, gastos de odontología y oftalmología, así como cualesquiera otros análogos o similares.

"3.º- Uso del domicilio familiar:

"Se atribuirá al esposo pues, siendo la vivienda en cuestión propiedad privativa del marido, y compartiendo la custodia del menor hijo, en ningún modo se justifica que la Sra. Gabriela permanezca en ella tras el divorcio.

"Y disponga además:

"1.- La comunicación de oficio de la sentencia de divorcio al Registro Civil de DIRECCION000 para la práctica de los asientos que en su caso correspondan.

"2.- La imposición de las costas a la demandada si se opusiere a la demanda".

La demanda correspondió por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION001, fue registrada con el núm. 599/2015, fue incoada y se dio traslado al Ministerio Fiscal que se personó y contestó a la misma y, posteriormente, solicitó la inhibición al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de DIRECCION001 al haber intervenido las partes en procedimiento penal por actos de violencia de género, practicadas las diligencias pertinentes el juez de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION001 se inhibió mediante auto de 30 de noviembre de 2015 a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de DIRECCION001 por ser el competente en materia de violencia de género sobre la mujer.



2.- Recibidas las actuaciones por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 y de Violencia Sobre la Mujer, de DIRECCION001, se incoó bajo el número de procedimiento 46/2016, y dando traslado a la demandada Dña. Gabriela, se personó en las actuaciones, representada por la procuradora Dña. María del Pilar Rejón Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Martínez Romero, contestó a la demanda e interpuso reconvencción.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"En la que se estime la misma en cuanto a la disolución matrimonial por divorcio solicitada, con imposición de las costas causadas".

Interpuso reconvencción en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos suplicó al juzgado:

"Dicte sentencia por la que se acuerde la disolución matrimonial pro divorcio así como las medidas interesadas en el hecho segundo de nuestra reconvencción".

Y en el hecho segundo se expone:

"Segundo.- A tenor de lo expuesto, y como quiera que el menor se encuentra al cuidado de mi mandante, y carece por completo de ingresos, interesa al derecho de esta parte se acuerden las siguientes medidas:

"1.º- Se decrete el divorcio de los cónyuges.

"2.º- Se atribuya de forma compartida la patria potestad del menor, quedará bajo la guarda y custodia de la madre.

"3.º- En concepto de alimentos para el menor se fije una pensión de 400.-€ mensuales que ingresará el demandado, dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que mi representada designe al efecto. Esta suma se verá revisada anualmente conforme al IPC u organismo que le sustituya en un futuro.

"En cuanto a los gastos extraordinarios serán abonados al 50% por ambos progenitores, entendiéndose por tales, los gastos de material escolar, actividades extraescolares, gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social etc.

"4.º- Se fija a favor del progenitor no custodio un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas que será devuelto al hogar familiar. Además el padre podrá tener a su hijo una tarde intersemanal, recogiénolo a la salida del colegio y retornándolo al hogar familiar a las 20 horas. Tal y como ya indicamos en nuestra contestación a la demanda, interesamos que este régimen sea flexible teniendo en cuenta el tipo de trabajo del padre que le hace permanecer bastantes períodos de tiempo fuera del país.

"En cuanto a los períodos vacacionales, se distribuirán por mitad tanto los de verano, Semana Santa y Navidad.

"En Semana Santa, comenzará el primer período, desde que dan las vacaciones escolares hasta el Jueves Santo que se entregará al otro progenitor, hasta que comience el curso escolar.

"En Navidad, comenzará el primer período desde las vacaciones escolares hasta el día 31 que se entregará al otro progenitor quien lo tendrá hasta que comience el curso.

"En cuanto a las vacaciones de verano, se distribuirán por meses correspondiendo a un progenitor el mes de julio y al otro el mes de agosto.

"En caso de discrepancia a la hora de elegir los períodos vacacionales entre los progenitores, los años pares decidirá el padre y los impares la madre. El progenitor que se encuentre con el hijo, permitirá y facilitará en todo momento la comunicación telefónica con el otro y, durante los períodos vacacionales, se suspenderá el régimen ordinario de visitas, sin perjuicio de que el padre o la madre puedan contactar con el menor durante ese período.

"En caso de enfermedad del hijo, cualquiera de los progenitores deberá comunicárselo al otro, permitiendo visitarlo en su domicilio y, en todo caso, deberá tener en consideración la opinión del otro en lo relativo a médicos, tratamientos, hospitales, etc.

"5.º- Al amparo de lo dispuesto en el art. 97 del Código Civil, resulta procedente el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de mi mandante, por importe de 400.-€, al habersele producido un evidente desequilibrio económico en relación con la posición del demandado reconvenccional, que implica un empeoramiento en su situación económica durante el matrimonio, toda vez que incluso, se le ha denegado la prestación por desempleo dado el parentesco marital con el demandado reconvenccional. Esta pensión se



verá actualizada anualmente conforme a las fluctuaciones que experimente el IPC u organismo público que en el futuro le sustituya.

"6.º- Respecto a la vivienda que constituye el domicilio familiar, procede que se atribuya a mi mandante su uso, así como la utilización del ajuar doméstico, toda vez que por lo expuesto en la demanda, queda claro que resulta ser el interés familiar más necesitado de protección, al ser la madre quien ostenta la guarda y custodia del menor y a quien interesamos que le sea adjudicada la misma".

3.- La procuradora Dña. Luisa Pilar Medialdea Vallecillos en nombre del demandante contestó a la reconvencción y suplicó en la misma se dicte sentencia:

"En la que se acuerde desestimar íntegramente la misma, declarando conforme al suplico de nuestra demanda que reiteramos en éste".

4.- El fiscal contestó a la demanda reconvenccional del demandado.

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 y Violencia Sobre la Mujer se dictó sentencia, con fecha 23 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda de divorcio formulada por la procuradora Dña. Luisa Pilar Medialdea Vallecillos, en representación de D. José contra Dña. Gabriela, debo acordar y acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. José y Dña. Gabriela, con todos sus efectos legales, entre ellos la disolución del régimen económico matrimonial. Se acuerda la adopción de las siguientes medidas definitivas:

"1.º) Se decreta el divorcio de los cónyuges, con los efectos inherentes a la misma.

"2.º) Se establece la guarda y custodia compartida del menor Carlos Ramón, en períodos de una semana, de viernes a viernes, a la salida del colegio, con una visita intersemanal por el progenitor no custodio desde la salida del colegio los martes con pernocta hasta la entrada al colegio los miércoles, y ello, en defecto del acuerdo al que puedan llegar en cualquier momento los progenitores.

"En cuanto a los períodos vacacionales, quedará en suspenso lo anterior, y se divide en los siguientes períodos, sin perjuicio del acuerdo al que pueda alcanzar en cada momento los progenitores. Verano; se dividirá en cuatro períodos, el primero comprenderá desde las 20.00 horas del día 1 de julio hasta las 20.00 horas del día 15 de julio, el segundo desde las 20.00 horas del día 15 de julio hasta las 20.00 horas del día 31 de julio, el tercero desde las 20.00 horas del día 31 de julio hasta las 20.00 horas del día 15 de agosto, y el cuarto, desde las 20.00 horas del día 15 de agosto hasta las 20.00 horas del 31 de agosto. Navidades; se dividirán en dos períodos, el primero desde las 12.00 horas del día siguiente a la finalización de las clases escolares hasta las 12.00 horas del día 30 de diciembre, y el segundo desde esa hora y ese día hasta las 12.00 horas del día anterior al comienzo del curso escolar. Semana Santa; se dividirán igualmente en dos períodos, uno desde el Viernes de Dolores a las 17.00 horas hasta el Miércoles Santo a las 12.00 horas, y el segundo desde el Miércoles Santo a las 12.00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 17.00 horas.

"-En relación con los períodos vacacionales, corresponderá en caso de desacuerdo en los años pares, el primer período al padre y el segundo a la madre los períodos en los que se encuentre en compañía de su hijo, y viceversa en los años impares, debiendo el progenitor que esté en cada período en compañía llevar a su hijo a la residencia del otro.

"3.º) Se establece como pensión de alimentos, a cargo del padre, la cantidad de 200 euros mensuales, que serán ingresados en la cuenta bancaria que indique la madre en los cinco primeros días de cada mes por adelantado. Esta cantidad será actualizada anualmente conforme a las variaciones porcentuales que experimente el IPC, publicado por el INE u organismo que lo sustituya. Además el padre abonará los honorarios del centro privado docente donde cursa sus estudios el menor. Los gastos extraordinarios devengados por el menor serán satisfechos en un 70% por el padre y un 30% por la madre.

"4.º) Se atribuye el uso del domicilio familiar a Dña. Gabriela y a su hijo menor Carlos Ramón hasta la finalización del período lectivo correspondiente al curso escolar 2017/2018. Una vez transcurrido dicho período, se atribuye el uso de la vivienda familiar al menor Carlos Ramón y al progenitor en cuya compañía se encuentre en cada momento, de manera que cuando al progenitor le corresponda estar con su hijo lo hará o en el domicilio familiar, o en cada período en el domicilio del progenitor que corresponda.

"5.º) Se establece una pensión compensatoria a favor de Dña. Gabriela de 200 euros mensuales durante un período de un año.



"Se declaran las costas de oficio".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 22 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. José , a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de DIRECCION001 , en autos núm. 46/2016, con estimación parcial, asimismo, del recurso de apelación presentado contra dicha sentencia por Dña. Gabriela , a través de su representación procesal, debemos revocar y revocamos la resolución respectivamente impugnada; acordando, en su lugar:

"1.º Atribuir el uso de la vivienda conyugal a Dña. Gabriela hasta el 31 de diciembre de 2018.

"2.º Incrementar el importe de la pensión de alimentos reconocida a favor del hijo menor de edad del matrimonio, y a cargo del progenitor, D. José , hasta la cuantía de 400 euros mensuales desde la fecha de interposición de la demanda; la cual se incrementará automáticamente, a su vez, hasta la suma de 800 euros a partir de enero de 2019, inclusive, o, en su caso, desde la fecha de efectivo desalojo de la vivienda familiar por parte Dña. Gabriela , si es que se verifica con posterioridad.

"3.º Incrementar el importe de la pensión compensatoria a cargo del esposo hasta la suma de 400 euros por un período de dos años.

"Se mantienen el resto de los pronunciamientos impugnados.

"Y, todo ello, sin declaración con relación a las costas de la presente alzada".

Y por Auto de fecha 17 de julio de 2018 se denegó rectificación de la sentencia solicitada por la representación del demandante.

TERCERO.- 1.- Por D. José se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en las siguientes motivaciones:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC por infracción del art. 218.2 LEC por falta de motivación o subsidiariamente motivación incorrecta y arbitraria que causa indefensión a esta parte al vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE al haber incurrido la sentencia recurrida en error de hecho o fáctico manifiesto, notorio o patente que determina irracionalidad o arbitrariedad de la sentencia (SSTS de 18 de junio de 2006, recurso 2506/2004, y 8 de julio 2009, recurso 693/2005) TS (Sala 1.ª) Sentencia 25 de mayo de 2010, recurso 560/2006.

El recurso de casación basado en las siguientes motivaciones:

Motivo primero.- La sentencia impugnada incurre en un error patente o arbitrariedad con la consiguiente infracción de los arts. 24.1 y 9.3. CE, el motivo se articula a través del cauce casacional previsto en el art. 5.4 LOPJ.

Motivo segundo.- Al amparo de lo previsto en el art. 477. 2-3.º por infracción de los artículos 1.2, 6, 33, 210 y 217.2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital e infracción de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo construida sobre la base de los arts. 6.4 , 7.1 y 7.2 CC (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 03-01-2013, recurso 1573/2010; sentencia 718/2011, de 13 de octubre, con cita de la anterior sentencia 670/2010, de 4 de noviembre).

Motivo tercero.- Al amparo de lo previsto en el motivo 3.º apartado segundo del art. 477 LEC se denuncia infracción del art. 146 CC en relación al artículo 145 CC y de la doctrina del Tribunal Supremo relativa al juicio de proporcionalidad en la fijación de la pensión de alimentos (STS 636/2016 de 25 de octubre, con cita de las de 28 de marzo de 2014, 21 de octubre de 2015, y 6 octubre 2016).

Motivo cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º se denuncia infracción del art. 148.1 del Código Civil por oposición a la doctrina del TS relativa al momento inicial de prestación de alimentos por el progenitor deudor contenido en la STS de 26 de marzo 2014, recurso 1088/2013, reiterada por la reciente STS 2294/2018, de 19 de junio, recurso 3112/2017.

Motivo quinto.- Se formula al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC al existir interés casacional por existir infracción del art. 97 CC y oposición a la doctrina jurisprudencial referente a la concesión de la pensión



compensatoria. Son exponentes de esta doctrina las sentencias que se citan STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, 720/2011, de 19 octubre, 719/2012, de 16 de noviembre y 335/2012, de 17 de mayo 2013, sentencia de 16 de Julio de 2013, recurso 1044/2012; STS 359/2016 de fecha 11-02-2016 recurso 470/2015 y STS 2718/2017 de fecha 27 de junio de 2017 recurso 1642/2016.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de marzo de 2019, se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación, 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 no se presentó escrito alguno de oposición por la representación de la recurrida Dña. Gabriela ; por su parte, el Ministerio Fiscal formuló las alegaciones que estimó oportunas, considerando en su escrito que hay causa de estimación del recurso de infracción procesal en los dos motivos expuestos y que se deben desestimar el primer y segundo motivo de casación y estimar los motivos tercero, cuarto y quinto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Demanda de divorcio presentada por D. José contra D.^a Gabriela .

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda y se decretó el divorcio, acordándose, en síntesis, como medidas la guarda y custodia compartida del menor por períodos semanales, una pensión de alimentos a cargo del padre en cuantía de 200 euros mensuales, los gastos extraordinarios en una proporción de 70% para el padre y 30% para la madre y la atribución del uso del domicilio familiar a la madre y al hijo hasta la finalización del curso escolar 2017/2018 una vez transcurrido dicho plazo, se atribuye el uso de la vivienda familiar al menor y al progenitor en cuya compañía se encuentre en cada momento.

Recurrida en apelación por ambos progenitores, la sentencia recurrida estimó parcialmente ambos recursos y acordó atribuir el uso y disfrute de la vivienda a la madre hasta el 31 de diciembre de 2019, incrementar el importe de la pensión de alimentos reconocida a favor del hijo menor y a cargo del padre hasta la cuantía de 400 euros mensuales desde la fecha de la interposición de la demanda, la cual se incrementará automáticamente hasta la suma de 800 euros a partir de enero de 2019, inclusive, o, en su caso, desde la fecha del efectivo desalojo de la vivienda familiar por parte de la esposa si es que se verifica con posterioridad e incrementar el importe y duración de la pensión compensatoria hasta la suma de 400 euros durante 2 años.

Para ello, y en lo que afecta a los presentes recursos considera:

- Respecto a la pensión de alimentos del menor, que pese a que la esposa solo interesa la elevación de la misma si se atribuye la guarda y custodia exclusiva a ella, procede aun manteniendo la guarda y custodia compartida, en interés del menor, y dado que no rige el principio de rogación, incrementar de oficio su importe, en la medida en que el progenitor obligado al pago cuenta con un abrumador volumen de beneficios derivados de la sociedad DIRECCION002 ., ya que según la prueba testifical practicada a la contable de la sociedad, esta obtuvo unos beneficios de 500.000 euros en año 2016, por lo que ante tal ingente amplitud de medios económicos e insalvable desequilibrio en contra de la progenitora, eleva la citada pensión pese a satisfacer además los gastos de colegio que el menor origina, ya que dicha pensión abarca cubrir las necesidades de vivienda, suministros que fija en un importe de 400 euros y otros 400 euros más para alimentación, ropa, ocio, atendiendo al elevado patrimonio con el que cuenta el padre. Aclara que dicha suma habrá de hacerse efectiva a partir de enero de 2019, inclusive, o, en su caso, desde la fecha del efectivo desalojo de la vivienda familiar por parte de la esposa si es que se verifica con posterioridad e incrementar el importe, estando hasta entonces obligado a satisfacer 400 euros mensuales desde la interposición de la demanda. Respecto a la pensión compensatoria incide en la notoria desproporción de medios económicos entre ambos existente al momento de la ruptura del matrimonio, lo que acarrea como consecuencia la apreciación de un gigantesco desequilibrio al menos a corto plazo que conduce al incremento a 400 euros mensuales y elevación del período temporal a 2 años. Sostiene que dicha cuantía no se ve influida por la corta duración del matrimonio, dada la dedicación de la esposa al cuidado de la familia así como la pérdida de oportunidad del empleo, ni por la liquidación de la sociedad de gananciales que rigió el patrimonio y que le supuso recibir 50.000 euros más otros 10.000 euros en acuerdo transaccional alcanzado en procedimiento de complemento de dicha liquidación.



Por el marido se formalizó recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra una sentencia dictada, en un juicio de divorcio contencioso, con tramitación ordenada por razón de la materia, en el Libro IV LEC, recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que exige acreditar debidamente el interés casacional.

El recurso de casación se interpone, por un lado, a través del cauce del art. 5.4 LOPJ, en el que se denuncia la infracción del art. 9.3 CE en relación con el art. 24 CE por error patente o arbitrariedad. Por otro lado, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estructura el recurso en cuatro motivos. Así en el motivo primero se denuncia la infracción de los arts. 1.2, 6, 33, 210 y 217.2 y 3 LSC y la vulneración de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo contenida en SSTs de 3 de enero de 2013, 13 de octubre de 2011. En su desarrollo sostiene que la sentencia recurrida, haciendo una aplicación indebida de la doctrina del levantamiento del velo societario, confunde el patrimonio de la sociedad limitada DIRECCION002 . con el personal del recurrente ya que considera a la citada sociedad como sociedad unipersonal de un único socio, atribuyéndole al mismo todos los beneficios de la sociedad. Con base en lo anterior, añade el recurrente, la sentencia recurrida para fijar el caudal del obligado al pago de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, a los efectos de determinar su cuantía, tiene en cuenta los beneficios de la sociedad limitada. En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 146 en relación al 145 CC y la doctrina del Tribunal Supremo relativa al juicio de proporcionalidad que debe hacerse a la hora de fijar la pensión de alimentos contenida en STS de 25 de octubre de 2016 que cita las SSTs de 28 de marzo de 2014, 21 de octubre de 2015 y 6 de octubre de 2016. En su desarrollo combate que el recurrente tenga que abonar además de los gastos de colegio del menor que ascendían aproximadamente a 8000 euros al año, la suma de 800 euros mensuales para cubrir las necesidades básicas del menor, eximiendo así a la progenitora de contribuir a los alimentos, pese a fijarse un sistema de guarda y custodia compartida semanal. Conclusión de lo anterior es que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta sala en cuanto a la determinación, fijación y proporcionalidad de la pensión de alimentos ya que el importe fijado no se ajusta a las necesidades del menor, además de haberse establecido partiendo de un presupuesto incorrecto: que los ingresos o medios económicos del obligado al pago son los beneficios que obtiene de una sociedad limitada que califica de unipersonal, con un socio y administrador único que es el recurrente. En el motivo tercero se alega la infracción del art. 148,1 CC por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo relativa al momento de prestación de alimentos por el progenitor contenida en SSTs de 26 de marzo de 2014 que se reitera en STS de 19 de junio de 2018. En el desarrollo sostiene que la sentencia recurrida establece que el progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos debe abonarla desde la fecha de la demanda, eludiendo que cada resolución despliega su eficacia desde la fecha en que se dicta y que la sentencia recurrida altera la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad. En el motivo cuarto se denuncia la infracción del art. 97 CC y la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en materia de pensión compensatoria contenida en SSTs 864/2010 de 19 de enero, 359/2016 de 11 de febrero y 2718/2017 de 27 de junio, entre las más recientes. En el desarrollo combate el incremento de la cuantía y de la duración del período de percepción de la pensión compensatoria establecido en la sentencia recurrida sobre la base de la consideración errónea del carácter unipersonal de la sociedad DIRECCION002 ., de administrador único de la misma al recurrente y a la confusión del patrimonio de este con el de la sociedad. Cuestiona que la mera situación de desempleo en que se encuentra la esposa en relación a la situación de ocupación laboral que disfrutaba constante el matrimonio y la desproporción de medios económicos de ambos cónyuges es suficiente para apreciar un desequilibrio económico, obviando que la esposa es una persona de 38 años de edad, con cualificación profesional, que ha trabajado durante el matrimonio y que goza de buena salud, por lo que no hay impedimento alguno para que pueda volver a trabajar.

El recurso extraordinario por infracción procesal, se funda en cuatro motivos. El primero, al amparo del art. 469.1. 2.º LEC, por falta de motivación o motivación incorrecta y arbitraria causante de indefensión por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. En el desarrollo argumenta que la motivación de la sentencia recurrida es incorrecta al tener como premisa hechos que no formaron parte del debate procesal, ni fueron objeto de contradicción o prueba, como sucede con la sociedad DIRECCION002 ., ya que la esposa no introdujo en ningún momento su composición, su administración o la titularidad de las participaciones sociales, dando por hecho que se trata de una sociedad unipersonal, con un único socio y una administración también única para incrementar el importe de la pensión de alimentos y la compensatoria, con base en la confusión patrimonial de la sociedad y del socio, como si los beneficios de la sociedad fueran los del Sr. José . En el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4º LEC se alega la vulneración del art. 24 CE al haber incurrido la sentencia recurrida en error de hecho fáctico manifiesto, notorio y patente que determina una valoración errónea y arbitraria. En este motivo se denuncia el error en la valoración de la prueba en que incurre la sentencia al valorar la prueba testifical de la Sra. Gregoria que lleva a confundir al recurrente, persona física, con la sociedad DIRECCION002 . que es una persona jurídica con administración solidaria y en virtud del cual transmuta la naturaleza jurídica de la sociedad convirtiéndola en unipersonal, atribuyendo al recurrente la condición de titular único de la sociedad y la convierte en unipersonal, con confusión de patrimonios al



considerar que los beneficios de la sociedad lo son del recurrente y con base en lo anterior aumentar el importe de la pensión de alimentos y la compensatoria.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

1.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC por infracción del art. 218.2 LEC por falta de motivación o subsidiariamente motivación incorrecta y arbitraria que causa indefensión a esta parte al vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

"Resumen: En el presente motivo se denuncia que la motivación de la sentencia recurrida es incorrecta al tener como premisa hechos que no formaron parte del debate procesal, ni por tanto, pudieron ser objeto de prueba. Así la sentencia recurrida en el quinto de sus fundamentos jurídicos se pronuncia respecto a cuestiones que han resultado trascendentes para el fallo y que atañen a una persona jurídica ajena al procedimiento, la sociedad DIRECCION002 ., que no fueron alegadas, ni invocadas por la demandada-reconviniendo ni en la contestación a la demanda ni en la reconvenición, ni en momento posterior alguno... Por tal motivo, no consta prueba alguna del número de socios que componían la sociedad, ni de sus participaciones sociales ni de quienes eran sus administradores...pese a tratarse de hechos inscritos en el Registro Mercantil.. De haber sido invocado algún extremo de la sociedad por incidencia de ésta en las pretensiones económicas de las pensiones solicitadas de contrario, se hubiera practicado prueba en relación a la citada persona jurídica. No fue así, y en la sentencia el juzgador *ad quem*, incrementa, de oficio con base en la doctrina jurisprudencial sobre el interés del menor, la pensión alimenticia sin que en ningún momento se hubiere acordado práctica de prueba, que podría haberse practicado de oficio conforme al párrafo 3.º del art. 752 LEC, en relación a aquellos hechos que no constaban en el procedimiento y que finalmente han tenido trascendencia para el fallo, dictado en base a una motivación errónea y arbitraria. Es decir, la fundamentación jurídica de la sentencia es incorrecta al motivarla la sentencia recurrida en hechos fácticos y jurídicos erróneos que transmutan la naturaleza jurídica de la sociedad limitada DIRECCION002 ., convirtiéndola en sociedad unipersonal de la titularidad de mi mandante y, de administración única del mismo, para terminar confundiendo el patrimonio social con el de mi representado en contra de su realidad jurídica. Es esa la causa por la que la sentencia de apelación produce indefensión a mi representado por cuanto que con fundamento en los beneficios de la sociedad basada en datos erróneos, acuerda el incremento de las cuantías de las pensiones de alimentos (de oficio) y de la compensatoria de la esposa, así como al aumento del tiempo de percepción de ésta última y el aumento del período de disfrute del domicilio familiar, de ahí la indefensión causada".

2.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE al haber incurrido la sentencia recurrida en error de hecho o fáctico manifiesto, notorio o patente que determina irracionalidad o arbitrariedad de la sentencia (SSTS de 18 de junio de 2006, recurso 2506/2004, y 8 de julio 2009, recurso 693/2005) TS (Sala 1.ª) Sentencia 25 de mayo de 2010, recurso 560/2006.

"Resumen: En este motivo se denuncia el error patente padecido por el Tribunal en la valoración de la prueba testifical de la contable de la empresa Sra. Gregoria , que lo lleva a confundir a mi representado, Don José que es una persona física, con la sociedad DIRECCION002 ., que es una persona jurídica con administración solidaria. Fruto de ese error patente la sentencia recurrida transmuta la naturaleza jurídica de la sociedad y la convierte en unipersonal, atribuyendo a mi representado la condición de titular único de la sociedad y administrador único de la misma, concluyendo una confusión patrimonial al considerar que los beneficios de la sociedad los son de mi mandante. Es ese beneficio de la sociedad en lo que la sentencia recurrida sustenta el incremento de cuantías tanto de la pensión alimenticia como de la compensatoria, lo que igualmente tiene en cuenta para aumentar el período de disfrute de la vivienda familiar por la esposa y tiempo de percepción de la pensión compensatoria".

TERCERO.- *Decisión de la sala. Error en la valoración de la prueba.*

Se desestiman los motivos.

Tal y como alega el recurrente, en la sentencia recurrida se yerra por partida doble, al entender que el Sr. José es socio único y administrador único de DIRECCION002 .

Dichos datos no se corresponden con la realidad, no pudiendo conocerlos el Tribunal de apelación por la documental existente al momento de dictar la sentencia.

Fue en petición de rectificación de errores, que no se subsanaron, cuando el hoy recurrente presentó la correspondiente documentación acreditativa de que es propietario al 50% y administrador solidario.

Pese a dicho error evidente, no podemos entender la relevancia del mismo, dado que el tribunal de apelación contaba con testifical de la contable de la empresa y, aún más importante, del depósito de cuentas de una



anualidad, que evidenciaban el patrimonio de la sociedad del que le corresponden al recurrente el 50% de las participaciones, su nivel de beneficios y la disponibilidad directa de parte de los mismos como se deducía de la testifical.

Es decir, cuando en la sentencia recurrida se tiene en cuenta la abundante liquidez económica del recurrente, en orden a la fijación de alimentos y pensión compensatoria, no se incurre en un error notorio en la valoración de la prueba (art. 24 de la Constitución).

Recurso de casación.

CUARTO.- *Motivo primero.*

La sentencia impugnada incurre en un error patente o arbitrariedad con la consiguiente infracción de los arts. 24.1 y 9.3. CE, el motivo se articula a través del cauce casacional previsto en el art. 5.4 LOPJ.

"Resumen: Se denuncia la confusión -error patente- padecida por el tribunal de apelación, consistente en atribuir a Don José la condición de administrador único de la sociedad DIRECCION002 ., y a partir de ese error patente considerar que es titular de la citada sociedad, calificando, erróneamente, la naturaleza jurídica de la sociedad, como sociedad unipersonal. Consecuencia de esos errores considera que los beneficios de la sociedad son beneficios del Sr. José , con la consecuencia de fijar la pensión alimenticia del hijo y compensatoria de la esposa en función de aquellos".

Se desestima el motivo.

En este motivo no se alega infracción de cuestiones sustantivas sino procesales (similares a los esgrimidos en el recurso extraordinario por infracción procesal) por lo que concurre causa de inadmisión que se convierte en causa de desestimación (art. 477.1 LEC).

QUINTO.- *Motivo segundo.*

Al amparo de lo previsto en el art. 477. 2-3.º por infracción de los artículos 1.2, 6, 33, 210 y 217.2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital e infracción de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo construida sobre la base de los arts. 6.4, 7.1 y 7.2 CC (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 03-01-2013, recurso 1573/2010; sentencia 718/2011, de 13 de octubre, con cita de la anterior sentencia 670/2010, de 4 de noviembre).

"Resumen: La sentencia recurrida en el segundo de sus FJ confunde el patrimonio de la sociedad limitada DIRECCION002 . con el del personal del Sr. José a consecuencia de considerar a la citada sociedad como sociedad unipersonal de la titularidad de un único socio, el Sr. José , que no era su administrador único, sino que era administrador solidario con el otro socio Bernardo , transmutación societaria que opera solo con la aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo que tiene carácter restringido y excepcional. En el presente caso ha operado una transmutación social sin que concurren los presupuestos de aplicación de aquélla doctrina".

Se desestima el motivo.

Tal y como alega el Ministerio Fiscal, se trata de una cuestión nueva, dado que el tema del levantamiento del velo no ha sido objeto de debate, ni la *ratio decidendi* (razón de decidir) de la sentencia recurrida.

Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS 28 de mayo de 2004, recurso 2171/1998; 21 de julio de 2008, recurso 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, recurso 2236/2005). Por esta razón, no es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, recurso 1273/1995; 1 de febrero de 2000, recurso 1400/1995; 10 de julio de 1996, recurso 3108/1992; 27 de septiembre de 2000, recurso 2908/1995; 27 de febrero de 2007, recurso 287/2000; 24 de enero de 2008, recurso 5149/2000 y 14 de marzo de 2011, recursos 2114/2007 y 7 de noviembre de 2011, recurso 1430/2008).

SEXTO.- *Motivo tercero.*

Al amparo de lo previsto en el motivo 3.º apartado segundo del art. 477 LEC se denuncia infracción del art. 146 CC en relación al artículo 145 CC y de la doctrina la doctrina del Tribunal Supremo relativa al juicio de proporcionalidad en la fijación de la pensión de alimentos (STS 636/2016 de 25 de octubre, con cita de las de 28 de marzo de 2014, 21 de octubre de 2015, y 6 de octubre de 2016).

"Resumen: La sentencia dictada por el juzgador *a quo* decretó el sistema de guarda y custodia compartida de los progenitores por semanas alternas, fijando como pensión alimenticia con la que el progenitor tenía que contribuir la cantidad de 200.-€ más el pago de los gastos del colegio privado al que venía acudiendo el menor, que ascendían aproximadamente a 8.000.-€ anuales dicho pronunciamiento lo hizo conforme a la



documental aportada. Esta parte recurrió por considerar infringido el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que el sistema de custodia compartida decretado imponía a los progenitores las mismas obligaciones alimenticias en relación al menor la semana en que éste permaneciera bajo su custodia, y que el pago de los gastos del colegio del menor en donde permanecía de lunes a viernes de 9 a 17 horas durante el curso escolar comprendían la totalidad de los alimentos necesarios que eran satisfechos íntegramente por el padre, con independencia de las semanas de custodia materna y que, por tanto, eran ambos progenitores los que estaban obligados a satisfacer el resto de aquellas otras necesidades no cubiertas por el colegio desde las 17,30 horas en que los progenitores recogían al menor del autobús, haciéndose cargo del mismo hasta las 9 horas del día siguiente en que lo reintegraban al colegio. Entendíamos que el padre no tenía por qué satisfacer también las necesidades básicas del menor, correspondientes al período semanal de custodia de la madre desde las 17,30 hasta las 9 horas del día siguiente, y que éste hecho, al fijar como pensión la sentencia 200.-€ mensuales con cargo al progenitor, además del pago de los gastos del colegio privado, suponía exonerar a la progenitora, tácitamente, de sus obligaciones alimenticias para con el menor sin causa para ello, por cuanto que ésta tenía una cualificación profesional que le permitía cubrir todas las necesidades del menor durante el ejercicio de su custodia semanal y estancias decretadas para con el menor. Que con el pago de los gastos del colegio privado el progenitor afrontaba gastos ordinarios y extraordinarios que se encuadraban en el concepto de alimentos y que hubiera correspondido afrontar también a la madre como lo había venido haciendo durante el matrimonio con los ingresos derivados del trabajo que desempeñaba, siendo el mantenimiento del menor en el colegio privado lo que permitía al menor mantener su situación anterior a la ruptura. La Audiencia Provincial de Granada lejos de acoger la pretensión de esta parte de dejar sin efecto la cantidad alimenticia de 200.-€ decretada, incrementó, de oficio, la pensión alimenticia a 800.-€ mensuales confirmando la contribución íntegra del padre a los gastos del colegio privado en la International School de DIRECCION003, con fundamento en los beneficios de la sociedad DIRECCION002. No obstante, aún cuando no tuviera ese fundamento, la cantidad decretada por la Sala de apelación excede de las necesidades reales del menor".

Se desestima el motivo.

El juzgado fijó como cantidad de alimentos que el padre debería pagar la de 200 euros, unida a la cantidad correspondiente a los cuantiosos gastos del colegio que cubriría el padre y el 70% de los gastos extraordinarios.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se mantiene la contribución a los gastos del colegio y el porcentaje de los gastos extraordinarios. Por el contrario se incrementa la pensión de alimentos a 400 euros; y a 800 euros desde enero de 2019, aunque solo se le había solicitado el aumento hasta 400 euros por la madre (art. 93 del C. Civil).

En la sentencia recurrida se declara:

"(...)de tal forma que, al no tener que contribuir ahora a ello, como ocupante exclusivo de la vivienda familiar, necesariamente habrá de convenirse en la obligación de compensar las carencias del profundo desequilibrio de medios que impide a la progenitora procurarse vivienda de características que no desmerezcan las de aquélla, así como el coste de los suministros de dichos períodos. Lo cual se estima ajustado, insistimos que en atención a las posibilidades que permite el importantísimo nivel de ingresos del Sr. José, en la suma de 400 euros mensuales.

"Pero es que el justo complemento que viene obligado a prestar el progenitor para la vivienda y suministros del hijo menor, al igual que así lo acepta para el desarrollo de su educación en el centro escolar privado en el que se encuentra matriculado, habrá de tener idéntico reflejo en las restantes facetas del deber para los padres con respecto a los hijos de "alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral" según recoge el art. 154 del CC como inherente al ejercicio de la patria potestad. Lo cual se extenderá, nuevamente bajo un parámetro no de mínimos sino de posibilidades reales, a la contribución necesaria para la compensación del repetido desequilibrio, también para proveer al menor de ropa, instrumentos y medios añadidos tanto de ocio, así como de mejora de su desarrollo intelectual y personal, en la medida en que así se lo permite su extenso patrimonio, también durante los períodos que pase en compañía de su madre. Lo que, nuevamente en atención a la cifra de ingresos del padre, así como al desequilibrio de medios valorado, se cuantifica alzadamente en la suma de otros 400 euros más al mes".

De lo expresado se deduce que el aumento de oficio acordado tenía su explicación, en que la Audiencia Provincial dejaba sin efecto la atribución de la vivienda familiar a partir de diciembre de 2018 (en régimen alternativo), por lo que aumentaba la pensión de alimentos, dado que dentro de estos se han de entender la partida correspondiente a los gastos de vivienda del menor (art. 142 C. Civil).

Sentado ello, no puede apreciarse falta de proporcionalidad.



Esta sala ha de fijar los alimentos de acuerdo con el art. 146 del C. Civil (sentencia 586/2015, de 21 de octubre), con proporcionalidad a las necesidades del menor, a la capacidad económica de los progenitores y a los tiempos de estancia en casa de cada uno.

SÉPTIMO.- *Motivo cuarto.*

Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º se denuncia infracción del art. 148.1 del Código Civil por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo relativa al momento inicial de prestación de alimentos por el progenitor deudor contenido en la STS de 26 de marzo 2014, recurso 1088/2013, reiterada por la reciente STS 2294/2018 de fecha 19 de junio 2018, recurso 3112/2017.

"Resumen: La sentencia recurrida considera que el progenitor deudor debe de abonar la pensión alimenticia decretada desde el momento de la presentación de la demanda, lo que supone una revocación de la sentencia dictada por el juzgador a quo que no contiene ese pronunciamiento y que se está cumpliendo desde la fecha en la que se decretó la pensión de alimentos del menor".

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se aumenta la pensión de alimentos, y se determina su pago desde la interposición de la demanda, en contra de lo determinado jurisprudencialmente (sentencia 459/2018 de 18 de julio, entre otras).

Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del C. Civil, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

En base a lo expuesto, al asumir la instancia esta sala, debe declarar que la cantidad de 400 euros de alimentos, deberá abonarse desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, para no incurrir en retroactividad.

OCTAVO.- *Motivo quinto.*

Se formula al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC al existir interés casacional por existir infracción del art. 97 CC y oposición a la doctrina jurisprudencial referente a la concesión de la pensión compensatoria.

"Resumen: La sentencia de apelación recurrida incrementa la pensión compensatoria decretada por el Juzgador a quo (200€ mensuales por un período de 1 año) a 400€ mensuales por un período dos años, es decir, en el doble de lo fijado en la sentencia de instancia. Con la interposición del recurso esta parte pretendía dejar sin efecto la citada pensión, con fundamento en que no concurrían en el caso los presupuestos y las circunstancias que para su declaración establece el art. 97 del CC. La representación de la esposa, Sra. Gabriela , que también recurrió el pronunciamiento de la instancia defendió que sí se producía una situación de desequilibrio solicitando el incremento de su cuantía a 400.-€ mensuales teniendo en cuenta la pérdida de su trabajo tras la ruptura matrimonial".

En la sentencia recurrida se establece un aumento de la pensión compensatoria, fijándola en 400 euros durante dos años.

En la sentencia recurrida se tiene en cuenta:

1. La escasa duración del matrimonio (5 años).
2. La dedicación de la esposa a la familia.
3. La pérdida de oportunidades.
4. Estuvo dada de alta en la empresa administrada por el marido, sin trabajo efectivo. Se le dio de alta como jefa de facturación, por motivos fiscales (puesto del que fue despedida).
5. Percibió 60.000 euros tras la liquidación de la sociedad de gananciales.
6. Los ingresos del esposo, a los que ya nos referimos.

Por lo expuesto, en la sentencia recurrida se cumple con lo recogido en el art. 97 del C. Civil, a la hora de fijar una pensión compensatoria, prudente, en cuanto a la cantidad y la duración temporal, habida cuenta que la demandada no tiene trabajo, consta con una formación de bachiller, y sin ninguna titulación que le faculte para una rápida inserción laboral.

NOVENO.- No se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal dado que se desestima el recurso por irrelevancia del resultado, pese a que en la sentencia recurrida se incurre en el error denunciado, procediendo la pérdida del depósito constituido al desestimarse el recurso (arts. 394 y 398 LEC).

No se imponen las costas de la casación, con devolución del depósito constituido.



FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. José contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2018, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada (apelación 690/2017).

2.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. José contra la misma sentencia.

3.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de fijar los alimentos al hijo menor, que deberá abonar el padre en la cantidad de 400 (cuatrocientos) euros, desde la sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de que se incrementen hasta 800 euros a partir de enero de 2019.

4.º- Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos.

5.º- No se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido al desestimarse el recurso.

6.º- No se imponen las costas de la casación, con devolución del depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.