



Roj: **STS 3121/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3121**

Id Cendoj: **28079110012013100328**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2013**

Nº de Recurso: **1548/2010**

Nº de Resolución: **206/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que con el n.º 1548/2010 ante la misma penden de resolución, interpuestos por la representación procesal de D. Íñigo , aquí representado por el procurador D. José Carlos García Rodríguez, contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 1244/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24 .ª, dimanante de procedimiento de juicio de divorcio contencioso n.º 490/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide, en nombre y representación de D.ª Elisabeth . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid dictó sentencia de 12 de junio de 2009 en el juicio de divorcio contencioso n.º 490/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimando parcialmente la demanda formulada por D.ª Elisabeth , representada por el procurador de los tribunales D. Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide, contra D. Íñigo , representado por el procurador de los tribunales, D. José Carlos García Rodríguez, debo declarar y declaro la disolución del matrimonio de los referidos cónyuges, por divorcio, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

»Se acuerdan las siguientes medidas:

»1.º Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, Paula, Belén y Fernando, siendo la patria potestad compartida.

»2.º. Se atribuye a los menores y a la madre el uso de la vivienda familiar sita en la PLAZA000 n.º NUM000 , NUM001 .º NUM002 , de Madrid así como el ajuar familiar.

»3.º. El esposo D. Íñigo podrá tener a sus hijos consigo:

»a. Cuando libremente lo fijen las partes.

»b. En caso de desacuerdo, el padre podrá tener a sus hijos, los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o guardería hasta las 20 horas del domingo.

»Todos los miércoles, salvo acuerdo en contrario, desde la salida del colegio o guardería hasta las 20 horas.

»Los puentes y días festivos inmediatamente anteriores o posteriores a un fin de semana serán disfrutados por el progenitor al que le corresponda estar con los menores ese fin de semana.



- »Mitad de vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo la madre los años impares, y el padre los años pares.
- »El padre recogerá y reintegrará a los menores en el domicilio familiar, salvo los viernes que le corresponda y los miércoles, que los recogerá en el colegio o guardería.
- »En la elección de periodos vacacionales, el progenitor al que le corresponda elegir, deberá preavisar de forma fehaciente al otro progenitor, con 15 días de antelación en caso de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y con un mes de antelación en el periodo estival de vacaciones.
- »4º.- D. Íñigo , deberá abonar en concepto de contribución para el mantenimiento de los hijos comunes la cantidad de 1.500 euros mensuales - 500 euros por cada hijo - (mil quinientos euros mensuales) los cuales deberá abonar en la cuenta que designe la esposa, en los cinco primeros días de cada mes, incrementándose dicha cantidad anualmente con arreglo al I.P.C. fijado por el I.N.P. u organismo que le sustituya.
- »Así mismo abonará el 50% de los gastos extraordinarios que generen los menores de mutuo acuerdo, o en su defecto mediante autorización judicial
- »6º.- Como contribución a las cargas familiares, el Sr. Íñigo abonará el 100% del importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.
- »No procede hacer pronunciamiento sobre las costas causadas.»

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- En autos se pretende por la parte actora la disolución del matrimonio formado entre los litigantes, por divorcio, ello con fundamento en el artículo 86 del CC .

»Así, el art. 86 señala que:"Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro cuando concurren los requisitos y circunstancia exigidos en el art. 81".

»El artículo 81 señala que: "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 2.- A petición de uno solo de los cónyuges una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio..."

»En el presente caso, queda probado que han transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio entre las partes, y así se desprende del certificado del matrimonio expedido por Registro Civil de Guadarrama (Madrid), donde consta inscrito el matrimonio, y aparece que tuvo lugar el día 31 de marzo de dos mil uno, por lo que habiendo transcurrido sobradamente el plazo legal exigido por la ley, procede decretar la disolución del matrimonio formado por las partes, por divorcio.

»Segundo.- Sentado la anterior, y en lo que se refiere a las medidas complementarias que han de acompañar a dicho pronunciamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 91 del CC se acuerdan las siguientes:

»1.º Guarda y custodia.- Ambos progenitores solicitan la guarda y custodia de las hijos, Paula, Belén y Fernando de 9, 7 y 3 años de edad y como ya se señaló en auto de medidas provisionales previas de 31-03-08, de la prueba practicada, no se desprende que exista impedimento alguno para que cualquiera de ellos la ejerciese. Ahora bien, como sí ha quedado probado que ha sido la madre la que se ha encargado de las menores desde su nacimiento, así como desde que se produjo la separación de hecho y desde que se dictó auto de medidas el 31-03-08, y consta que han recibido los cuidados y atenciones precisas de forma correcta, llevando habitualmente a los menores al colegio y recogidos, llevándolos al médico cuando lo han precisado, constando que es la madre la que se encarga de velar por la formación y educación de los menores en el colegio. En interrogatorio consta, que no ha ido el padre al colegio a solicitar información sobre la evolución y rendimiento escolar de los hijos, siendo que en todo caso, a pesar de tener la madre provisionalmente atribuida la guarda y custodia, puede, como padre acudir al colegio para solicitar dicha información y no lo ha hecho.

»El padre, para justificar que la madre no atiende bien a los menores, atribuye a la misma el mal cuidado del hijo menor, Fernando, que dejó de asistir al logopeda.

»Es la madre la que ha llevado al menor al logopeda a las sesiones a las que le fueron designadas y siendo cierto que la Sra. Elisabeth no llevó al menor a algunas de las sesiones, lo fue por motivos económicos, al no poder soportar el coste económico de las mismas y el padre no abonarlas o por otras razones. Es cierto que consta que el menor no acudió a 8 de las 20 sesiones de logopeda que tenía programadas en el Hospital San Rafael y a 7 sesiones de logopeda concertadas en La Salle.

»En cualquier caso ha sido la madre la encargada de llevar al menor a dicho especialista y la que busca para su hijo las sesiones de logopeda y rehabilitación más adecuada a los recursos económicos que tiene ya que



- el Sr. Íñigo no le abona cantidad alguna. Siendo que las sesiones de logopedia a las que no asistió el menor, fueron recuperadas posteriormente, como se acredita con los informes emitidos por los profesionales.
- »No consta que la madre dejase abandonados a los hijos cuando trabajaba en Cruz Roja, pues sí es cierto que, a veces trabajaba en horario de noche, no acredita el demandado que los menores se quedasen solos.
- »La Sra. Elisabeth ha atendido y cuidado a sus hijos adecuadamente según se desprende de los informes aportados por las escuelas infantiles y colegios de los menores, así como de la respuesta dada por escrito de los distintos profesionales que ha asistido al menor.
- »El padre no ofrece una estructura organizada y beneficiosa para los menores, en caso de que se le atribuyese la custodia de los hijos. Sostiene que en su caso, los llevaría a Valdemorillo a vivir, donde tiene familia y asistirían en aquella población al colegio, lo cual supondría para los menores un importante cambio, que nada les favorecería, tal como señala el informe emitido por el equipo técnico que literalmente expone que: "Por su parte la alternativa de custodia ofrecida por el padre resulta menos valorable, al menos en el sentido de pronóstico de los efectos que pudiera tener sobre sus hijos, en tanto que a fecha de hoy no tiene concretada la necesaria organización de como la pondría en práctica, puesto que lo único que afirma es que implicaría a los menores, con toda probabilidad; un cambio de residencia y del colegio, probablemente en el entorno de la casa que su familia tiene en Valdemorillo; lo que no dejaría de significar para sus hijos una muy sustancial variación de todas sus circunstancias vitales. Por estos motivos, en el caso de optarse por la alternativa de custodia paterna, se pondrían sin duda en acción una serie de mecanismos de readaptación en los menores que, cuando menos, conllevarían un riesgo relativo para ellos y harían más incierto el pronóstico de su situación". Por ello no procede atribuir al padre la guarda y custodia de los menores.
- »Igualmente tampoco cabe atribuirla de forma compartida como solicita el Sr. Íñigo, en el acto de interrogatorio, puesto que no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 92.8 del CC, el cual dispone que: "8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".
- »En el caso que nos ocupa, el demandado solicita la custodia compartida de forma extemporánea - en acto de interrogatorio, pero en cualquier caso, no existe acuerdo por las partes, no hay informe favorable del Ministerio Fiscal y ello daría lugar a perjudicar a los menores, dado que no queda acreditado, como se ha señalado anteriormente cuál sería la organización y estructura para ello.
- »Por todo ello, se considera más adecuado, en interés de los menores, que sea la madre quien la ostente, añadiendo a ello que, en caso de ayuda para la atención de los menores, tiene la ayuda de la abuela materna, que está disponible para ayudar a su hija con los nietos.
- »2º. Uso y disfrute de la vivienda familiar.- Conforme a lo dispuesto en el art. 96 del CC, que dispone que: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso y la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden".
- »En auto de medidas provisionales se acordó atribuir a la madre el uso y disfrute de la vivienda familiar, y dado que no han cambiado las circunstancias procede mantener dicha medida.
- »3º.- Régimen de visitas, estancias y comunicaciones:
- »El art. 94 del CC establece que: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial".
- »Procede mantener el régimen de visitas fijado en auto de medidas de 31-03-08, salvo el fijado de un día entre semana, y ello a la vista de las manifestaciones del demandado en el acto de la vista cuando manifestó que los miércoles no veía ni estaba con sus hijos dada la irregularidad en el cumplimiento de la misma, dado que tenía que recoger primero a las niñas en el colegio, luego llevar a Íñigo a rehabilitación y esperar a que salieran y una vez acabada la sesión le quedaba poco tiempo para estar con ellos, alegando que llegó a un acuerdo con la madre para cambiar el día de visitas, que no ha probado, al negarlo la madre.
- »En el informe emitido por el equipo técnico se desprende que manifestó que no recogía a los menores los miércoles por cuestiones de trabajo, por lo dada la contradicción existente y el no cumplimiento del mismo durante tiempo, al no ser efectivo, procede suprimir dicho día de visitas.



»En la elección de periodos vacacionales, el progenitor al que le corresponda elegir, deberá preavisar de forma fehaciente al otro progenitor, con 15 días de antelación en caso de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y con un mes de antelación en el periodo estival de vacaciones.

»Tercero.- Alimentos para los hijos. El art. 93 del CC señala que: "el juez en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

»El art. 146 del CC señala que la cuantía a fijar ha de ser proporcional al caudal y medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe.

»El art. 93 párrafo segundo del CC señala que "Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez en la misma resolución, fijará los alimentos que le fueran debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código".

»El artículo 142 del CC señala que: "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

»Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

»Queda probado que las partes son progenitores de tres hijos menores de edad.

»Por auto de 31-03-08, de medidas provisionales se acordó que el padre abonaría una pensión de alimentos de 725 euros por cada hijo.

»Respecto de la pensión de alimentos, el padre ofrece la cantidad de 150 euros por cada hijo alegando la falta de capacidad económica para abonar una pensión más elevada.

»Es preciso analizar la situación existente en el momento de dictar auto de medidas con el momento actual para determinar, en su caso, si se ha producido un cambio sustancial de circunstancias, en la capacidad económica de la actora, del demandado o de las necesidades de los hijos, para en su caso modificar la cuantía, conforme a la dispuesto en el art. 775 de la LEC.

»De la amplia prueba documental practicada y de la prueba de interrogatorio queda probado que el padre, Sr. Íñigo, sigue siendo socio (junto a dos hermanos) y administrador único de la empresa Divimarmol S.L., y que se dedica a la promoción, construcción y compraventa de inmuebles, y que según manifestó él mismo, en el procedimiento de medidas, el volumen de personal había aumentado, dado que en la actualidad tenía 73 trabajadores, constanding que en el año 2005 dicha empresa obtuvo unos ingresos de 1.500.000 euros aproximadamente. Constanding que en el momento actual no consta que se haya procedido al despido masivo de trabajadores, sino que documentalmente se prueba que han sido despedidos cuatro trabajadores, no apareciendo el motivo de despido.

»Sigue obrando que dicha empresa es propietaria de una finca de 1.521 m², en Villaviciosa de Odón (Madrid) adquirida en 2005 con un préstamo de 2210.000 euros.

»Sigue manteniéndose que el Sr. Íñigo obtiene unos ingresos mensuales de 1.209 euros por su trabajo como gerente de Divimarmol, además de tener otros beneficios en especie, como uso de vehículo, dietas y otros.

»El Sr. Íñigo sigue abonando 1.00 euros por el arrendamiento de la vivienda donde reside desde que saliera del domicilio familiar.

»Según ha reconocido abona únicamente la hipoteca de la vivienda familiar, por importe mensual de 3.436'80 euros (préstamo hipotecario firmado con Banco de Santander, por importe de 950.000 euros) puesto que en otro caso, al ser avalista Divimarmol del préstamo hipotecario, en el supuesto de no tener al día el abono de las mismas las entidades bancarias no le conceden préstamos ni líneas de crédito para el desarrollo de la empresa.

»El Sr. Íñigo sostiene que a fecha actual él solamente percibe unos ingresos mensuales de unos 1.200 euros mensuales.

»De la prueba documental aportada y concretamente del doc. 30 aportado por la actora (extracto de movimientos de la cuenta abierta en Banco Santander desde 01-01-05 a 21-01-08) se desprende que el Sr. Íñigo desde el año 2005 ha obtenido unos beneficios muy elevados de la empresa, según se observa con las ingresos y transferencias realizadas con el Banco de Santander, que aparecen en dicho documento. Del mismo documento se desprende que es titular en el Banco de Santander de Fondos de Inversión por importes totales de 98.000 euros (7.000, suscripción fecha el 07-03-06; -20.000, suscripción fecha el 10-02-06; 20.000,



suscripción fecha el 10-02-06; y 16.000 euros suscripción hecha el 27-01-06 y 35.000 euros, suscripción hecha el 11/07/06).

»De la declaración detenta de 2007 se desprende que obtuvo en dicho ejercicio unos ingresos líquidos de 2.800 euros, correspondientes a unos ingresos por rendimiento de trabajo de 18.396 euros, 8.337 euros por actividades económicas y de 11.317 euros por ganancias patrimoniales.

»El padre manifestó en medidas provisionales que había asumido todos los gastos de la casa y que ascendían a unos 6.000 euros mensuales, incluida la cuota hipotecaria, de lo que se desprende que la capacidad económica del demandado era superior a lo probado en aquel y en este procedimiento, pues es evidente que, con 1.209 euros mensuales pueda atender a los gastos ordinarios, ya que solo de arrendamiento abona 1.000 euros mensuales.

»En cuanto a Divimamol ya en el procedimiento anterior, el Sr. Íñigo manifestó que la empresa había sufrido un importante descenso en su actividad dada la crisis en el sector inmobiliario, situación que a fecha actual se mantiene.

»El Sr. Íñigo insiste en que la empresa está al borde del concurso y que por ello no ha presentado cuentas en el Registro. Ahora bien se desprende de la prueba documental que fue el año 2005 el último año que se presentaron las cuentas anuales, obligatorias sin que el Sr. Íñigo haya acreditado realmente el ascenso de actividad y en consecuencia de los beneficios obtenidos.

»Fácil era para el Sr. Íñigo haber presentado cuentas de la empresa para acreditar la situación real de la misma, y en consecuencia haber observado la disminución de ingresos alegada. Se trata de una prueba sencilla de obtener por estar en poder del demandado y que está obligado a probar lo que alega conforme a lo dispuesto en el art. 214 de la LEC y no lo hace.

»Sí consta, como ya se ha expuesto que ha habido despido de cuatro trabajadores.

»Sí consta como situación nueva la deuda que Divimarmol tiene con la Tesorería General de la Seguridad Social y que asciende a 128.276 euros, según se desprende del certificado aportado de fecha 14-11-08, constando que ha sido requerida de pago de 109.598 euros, bajo apercibimiento de embargo de un inmueble.

»Pero también consta documentalmente que Divimarmol en el año 2007 ha amortizado un préstamo por importe de 3.000.000 euros que le fue concedido en 2007 (doc. 25), de lo que se desprende que los beneficios durante 2005, 2006 y 2007 han sido elevados al permitir amortizar dicho préstamo, lo que no se concibe bien con la no presentación de cuentas en el Registro correspondiente a los años, mínimo, 2006 y 2007. Además de estar abonando Divimarmol el préstamo hipotecario de la vivienda familiar, según manifiesta el Sr. Íñigo .

»Consta que la empresa sigue teniendo actividad en 2008, según se desprende del doc. de Demanda de despido de trabajador Sr. Luis Miguel de 19-01-09 señala que "con fecha de 22-04-08 suscribió un contrato de trabajo por obra y servicio cuyo objeto era la realización de obra y servicio del hotel Villamagna y que ha prestado servicios en distintas obras, como el hotel de Ocaña y que no ha terminado.

»De lo expuesto hasta el momento se desprende que, el Sr. Íñigo no ha acreditado de forma clara, cuando le corresponde hacerlo, cual sea la situación real de Divimarmol, de donde proceden sus ingresos, si lo hace de forma parcial y sesgada no ofreciendo toda la información necesaria para determinar que haya habido un cambio sustancial de circunstancias, tanto en cuanto a los ingresos del Sr. Íñigo como de los beneficios de la empresa.

»Respecto de los ingresos de la Sra. Elisabeth , hay que señalar que sí se ha producido un cambio en su situación respecto del momento en que se dictó auto de medidas. Así consta que a fecha de 31-03-08 no percibía ingreso alguno y en la actualidad percibe unos ingresos mensuales de 1.335 euros, con pagas extraordinarias prorrateadas, por su trabajo realizado en la empresa Imanova Media Services S.L., en la que está trabajando desde el 21-01-09.

»En procedimiento de medidas, la Sra. Elisabeth había presentado reclamación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación reclamando el importe de los salarios debidos por Divimarmol desde enero de 2007, habiendo presentado demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 18 de Madrid. A fecha actual ha obtenido sentencia favorable del Juzgado de lo Social n.º 18 de Madrid; en la que se le reconoce que Divimarmol debe abonarle 6.613 euros por salarios adeudados empresa en la que trabajó desde 2007.

»De ello se deduce que la situación de la Sra. Elisabeth ha mejorado, lo que le permite hacer frente a los gastos de la casa con ayuda de la abuela paterna, tal como ha manifestado, pues el padre, desde que se dictó auto de medidas ha abonado para alimentos de los menores solamente 450 euros en abril de 2008.



»Finalmente respecto de los gastos de los menores, consta acreditado que Paula y Belén siguen acudiendo al colegio privado Nuestra Sra. de las Maravillas, con un coste mensual algo más elevado que en marzo de 2008, pues según recibos aportados en el curso 2008/09 han abonado importes de entre 504 y 524 euros, incluidos el comedor y actividades extraescolares.

»El menor Fernando sigue asistiendo a la escuela infantil Arcadia Tres S.L., con un coste mensual en la actualidad de 562 euros, y si bien en marzo de 2008 asistía a clases de logopedia, en la actualidad recibe clases de rehabilitación en el domicilio y según manifiesta la madre, que no prueba abona 25 euros por hora, con un total de 200 euros al mes, por ocho horas mensuales.

»Además abona la madre el importe de 138 euros de seguro médico suscrito con Mapfre.

»De la prueba practicada se desprende que es la madre, con alguna ayuda de la abuela paterna abona los gastos de los menores, salvo el colegio de las hijas, que mantiene una deuda devengada en los años 2006, 2007 y 2008 que asciende a 6.958 euros.

»Los gastos que tiene son elevados, pues solamente del colegio y guardería del menor tiene unos gastos mensuales de 1.500 euros, además de los gastos ordinarios de alimentación, vestido y calzado de las menores.

»El padre no abona cantidad alguna para mantenimiento ni educación de los hijos y los gastos deben ser asumidos por ambos progenitores, máxime cuando ambos mostraron su conformidad con que los hijos asistieran a los colegios referidos, según quedó acreditado en medidas provisionales. En todo caso, para el curso 2009/10 deberán ser ambos progenitores los que, de común acuerdo deban decidir al colegio en el que vayan a estudiar los hijos, siendo que, en caso de desacuerdo deberán acudir a la decisión judicial conforme a lo dispuesto en el art. 156 del CC .

»Valorando conjuntamente la prueba practicada, y habiéndose producido un cambio en las circunstancias, procede reducir la cuantía de pensión de alimentos a 500 euros por hijo. Así el Sr. Íñigo deberá abonar en concepto de contribución para el mantenimiento de los hijos comunes la cantidad de 1.500 euros mensuales (mil quinientos euros mensuales), los cuales deberá abonar en la cuenta que designe la esposa, en los cinco primeros días de cada mes, incrementándose dicha cantidad anualmente con arreglo al I.P.C. fijado por I.N.E. u organismo que le sustituya.

»Respecto de los gastos extraordinarios que generen los hijos, serán abonados al 50% por los progenitores de común acuerdo y en su defecto mediante autorización judicial.

»En concepto de cargas familiares y siendo que la Sra. Elisabeth percibe ingresos mínimos para soportar el abono de la cuota hipotecaria, será el Sr. Íñigo el que abone la cuota mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, sin perjuicio de la liquidación que proceda, en su caso.

»Tercero.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las sentencias y demás resoluciones dictadas en procedimientos a que se refiere el Título I del Libro IV, se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

»Cuarto.- En materia de costas, atendida la naturaleza del procedimiento, no procede hacer pronunciamiento alguno al respecto.»

TERCERO.- Con fecha 19 de junio de 2009, se dictó auto para subsanar errores materiales de la sentencia de 12 de junio de 2009 , cuyo razonamiento jurídico es el siguiente:

«Primero [Único].- Examinadas las actuaciones, se observa en el Fundamento Jurídico Tercero, página 8, segundo párrafo, la cantidad correcta del importe de préstamo asciende a 210.000 euros y no 2210.000, como se hace constar.

»En el párrafo cuarto de la misma página el precio de la renta que abona el Sr. Íñigo , es de 1.000 euros. En la página 10, primer párrafo el importe del préstamo es de 300.000 euros.

»En el segundo párrafo de la misma página donde aparecen los interrogantes deben ser suprimidos y hacer constar "15, aportado con el escrito presentado en decanato con fecha 11/03/09.

»Finalmente en la página 11 en el quinto párrafo donde aparece el término "abuela paterna", debe constar "abuela materna".

»Conforme a lo dispuesto en el art. 267 de la LOPJ y el art. 214 de la LEC procede rectificar y aclarar el auto en el sentido referido».

Y la parte dispositiva del auto acuerda:



«Aclarar la sentencia de doce de junio de dos mil nueve , dictada en el presente procedimiento en el Fundamento Jurídico Tercero, y en la página 8, segundo párrafo, la cantidad correcta del importe de préstamo asciende a 210.000 euros y no 2210.000, como se hace constar.

»En el párrafo cuarto de la misma página el precio de la renta que abona el Sr. Íñigo , es de 1.000 euros.

»En la página 10, primer párrafo el importe del préstamo es de 300.000 euros.

»En el segundo párrafo de la misma página donde aparecen los interrogantes deben ser suprimidos y hacer constar "15 aportado con el escrito presentado en Decanato con fecha 11/03/09".

»En la página 11 en el quinto párrafo donde aparece el término "abuela paterna", debe constar "abuela materna", manteniendo íntegramente el resto del contenido».

CUARTO.- Con fecha 26 de junio de 2009, se dictó auto aclaratorio de la sentencia de 12 de junio de 2009 , siendo su razonamiento jurídico el siguiente:

«Único.- En fecha 12-06-09, se ha dictado sentencia de divorcio, y efectivamente, en el Fundamento Jurídico Segundo y referente al régimen de visitas y concretamente el disfrute del miércoles se expone que el mismo debe ser suprimido a la vista de las manifestaciones del demandado, y sin embargo en el Fallo de la sentencia se hace constar que el padre podrá tener a sus hijos las tardes de los miércoles. Tratándose de un error claro, y siendo que no se fija que el padre tenga a sus hijos las tardes de los miércoles, por las razones expuestas en el mismo fundamento jurídico, procede su rectificación, conforme a lo dispuesto en el art. 267 de la LOPJ y el art. 214 de la LEC .

»En cuanto al resto de errores materiales alegados, estése a lo acordado en auto de fecha 19-06-09».

Siendo la parte dispositiva del auto del siguiente tenor literal:

«Acuerdo.- Rectificar la sentencia de doce de junio de dos mil nueve y en el Fallo, punto 3.º b, se suprime la expresión "Todos los miércoles, salvo acuerdo en contrario, desde la salida del colegio o guardería hasta la 20 horas".

»Respecto del resto de errores materiales alegados, estése a lo acordado en auto de fecha 19-06-09».

QUINTO.- La Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 8 de abril de 2010, en el rollo de apelación n.º 1244/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Íñigo , representado por el procurador D. José Carlos García Rodríguez; contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2009 ; aclarada por auto de 19 de junio de 2009, y subsanada por auto de 26 de junio de 2009; del Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid ; dictada en el proceso sobre divorcio número 490/08; seguido con D.ª Elisabeth , representada por el procurador D. Antonio Ángel Sánchez- Jáuregui Alcalde; debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

SEXTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron al recurrente a apelar la resolución de instancia es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Pero antes que nada, al tratar el motivo nuclear del recurso del Sr. Íñigo , llave y clave de otros; procede recordar, para una mejor comprensión de lo que después se dirá, la doctrina jurisprudencial existente, constante desde noviembre de 1992 que dice: "En la siempre ardua y delicada decisión encomendada al juez de asignar la custodia del hijo a uno u otro cónyuge, en caso de crisis de su unión, y reclamando ambas dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el juzgador *a quo* en la resolución de tal cuestión mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia o hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal resolución adoptada tras haber gozado el juzgador de instancia del privilegiado principio de la inmediatez".

»Segundo.- Pues bien, partiendo de lo que antecede; del estudio de las actuaciones; del análisis y estudio detallado de cada prueba pero valorada toda ella en su conjunto; cabe decir en este momento que procede desestimar este motivo del recurso; al considerarse correcta la decisión del órgano *a quo* de atribuírsela a la madre. En efecto, tal decisión, como decíamos, está avalada por el privilegiado principio de inmediatez del que gozó el órgano *a quo* ; y está avalada por el informe pericial psicosocial obrante a los folios 1160



y siguientes; emitido por el equipo psicosocial adscrito al juzgado, de fecha 6 de marzo de 2009, extenso e intenso "de contenido, y en el que se concluye a favor de una guarda y custodia de los hijos para la madre; está avalada también por el informe del Ministerio Fiscal del folio 1433 en el que se aconseja una guarda y custodia a favor de la madre; y más tarde, el citado Ministerio al folio 1711 en informe de fecha 15 de octubre de 2009 pide la confirmación de la sentencia de instancia apelada, y ya sabemos, que dicho Ministerio, siempre fiel custodio de la juridicidad, en esta esfera de familia está, además, especialmente ocupado y preocupado por el *bonum filii* . Procede, se insiste, confirmar la sentencia en este punto.

»Tercero.- Por el resultado del anterior motivo, por derivación procede desestimar otros como que ya no cabe atribuir al padre el uso del domicilio familiar al no ser el guardador de sus hijos; ni cabe fijar la pensión de alimentos a cargo de la madre. Por el contrario, se consideran correctas las medidas señaladas del uso del domicilio familiar a los hijos y a la madre *per relationem* como guardadora; correctas igualmente las medidas relativas al régimen de visitas y vacaciones señaladas en el caso, que pueden calificarse de normales y típicas en este ámbito o sede de familia; y conceptuarse de mínimas, pero que no impiden el que las partes de mutuo acuerdo y siempre buscando el *bonum filii* puedan modificar, moderar, atemperar, flexibilizar, etc.; y ya, finalmente, debe calificarse de correcta la cantidad señalada en el caso de pensión de alimentos para los hijos y a cargo del padre en 500.- € al mes, por hijo; con los que se atenderán dignamente a las necesidades de los menores y podrán ser satisfechos por el padre obligado; compartiendo lo argumentado en este punto concreto por el órgano *a quo* ; cantidad que cumple perfectamente con la proporcionalidad de que habla el art. 146 del CE y con la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo en repetidas sentencias, sirvan de ejemplo las de fecha 14 de febrero de 1976 , 9 de octubre de 1981 , 5 de noviembre de 1983 y 21 de marzo de 1985 . Procede, finalmente, confirmar lo resuelto en cuanto a las cargas del matrimonio y sin perjuicio, como se dice de su repercusión en la liquidación del régimen económico matrimonial.

»Cuarto.- Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de la flexibilidad que permiten los artículos 398 y 394 de la LEC ; no obstante desestimarse el recurso, no procede hacer pronunciamiento de condena y ello en atención a la naturaleza del pleito y de las circunstancias concurrentes.»

SÉPTIMO.- En el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación presentados por la representación procesal de D. Íñigo , se formulan los siguientes motivos de casación:

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un único motivo.

El motivo único se introduce bajo la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 469.1 , 2 .º y 4.º de la LEC , por infracción del contenido del artículo 218 de la LEC , en cuanto a la falta de la debida congruencia, exhaustividad, motivación y las normas que regulan la sentencia, en este caso recurrida».

El motivo se funda, en síntesis, en que:

Se efectúa una motivación por mera remisión a la sentencia de primera instancia, pero sin fijar las razones jurídicas que llevan a desestimar las pretensiones del demandado y más concretamente las pruebas aportadas como apoyo a su pretensión, y si bien es válida la motivación por remisión, en el recurso de apelación se denunció como errónea y omisiva la decisión de primera instancia en cuanto a la falta de argumento alguno que desacreditase el contenido de la prueba presentada en cuestiones tan trascendentes como la situación patrimonial, los préstamos percibidos para el pago de obligaciones, la contabilidad bancaria de la compañía que administraba el demandado, etc. Por tanto, al no tomar en cuenta la Audiencia Provincial en su resolución los argumentos del recurrente y no habiendo resuelto la sentencia dictada en primera instancia todas las cuestiones planteadas se estima por la parte recurrente que se infringen las normas reguladoras de la sentencia, pues no resuelve con la debida motivación, las razones aducidas en el recurso de apelación por el demandado.

El recurso de casación se articula en un único motivo:

El motivo único del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC , por infracción del contenido de los artículos 91 , 95 , 102 , 1205 y 1438 del CC presentando interés casacional la resolución del recurso al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

El motivo se funda, en síntesis, en que:

La vivienda cuestionada es propiedad indiviso de los litigantes, al regir entre ellos el régimen económico de separación absoluta de bienes desde el año 2004. Los cónyuges adquirieron la vivienda en el año 2006, dos años después del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que acordaron el régimen de separación de bienes con las disposiciones y acuerdos que en dicha escritura figuran.



Desde esta realidad no se entiende por la parte recurrente que en la resolución recurrida se aluda a cargas familiares o con más propiedad, cargas del matrimonio, porque tal concepto solo puede hacer referencia a las obligaciones contraídas durante el matrimonio, es decir, mientras subsista la convivencia siendo sustituido al finalizar, por alimentos para los hijos, y pensión compensatoria para el cónyuge que padezca desequilibrio económico.

Se estima por el recurrente que no podría hablarse del llamado ejercicio de la potestad doméstica al modo que contempla el artículo 1440.2 CC pues al remitir al artículo 1319 CC que, a su vez, alude a los bienes comunes no tiene aplicación en el régimen de separación y en virtud del artículo 102 CC no solo cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, sino que igualmente se entienden revocados todo los poderes que entre los cónyuges se hubieran otorgado.

Se considera asimismo por la recurrente que en la sentencia recurrida mediante su pronunciamiento esconde una camuflada pensión compensatoria pues la expresión "cargas familiares" que aparece en varios artículos del CC, consiste en la atención de las necesidades ordinarias de la familia, alimentación y educación de los hijos, las atenciones de previsión y lo que en conjunto se denomina potestad doméstica (artículos 1318 , 1319 , 1362 , 1368 , 1438 y 1440 CC). La pensión compensatoria no debe entenderse incluida en la definición expuesta y hay que tener presente que las cargas matrimoniales las constituyen derechos y deberes propios de la relación matrimonial viva, mientras que la pensión compensatoria surge con la que está en crisis.

Por ello, la materia en la que se centra la contraposición reside en la imposición por la sentencia de segunda instancia al demandado de asumir la totalidad de las cargas del matrimonio que se concreta en el abono en exclusiva de las cuotas de la hipoteca que grava la vivienda familiar cuya titularidad ostentan ambos litigantes en virtud de escritura de capitulaciones, compraventa e hipoteca.

Sobre este punto existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales citando en contra del criterio mantenido por la sentencia ahora recurrida las dictadas por al Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 2 de junio de 2009 , 4 de julio de 2000 y 7 de abril de 2006.

En sentido contrario, se citan la sentencia objeto de recurso y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª , de 29 de octubre de 2009 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 2.ª , de 4 de junio de 2004 .

Termina solicitando de la Sala «Que, teniendo por presentado este escrito, tenga por interpuestos recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada por esta Sala de fecha 8 de abril de 2010 , de modo que, previos los trámites legales procedentes por el tribunal se dicte sentencia por la que, estimando el recurso extraordinario por infracción procesal, se ordene que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración denunciada, es decir, el momento procesal de votación y fallo para argumentar y fundamentar los motivos por los cuales se estima o desestima el recurso de apelación interpuesto por esta representación. Para el caso de que no prospere el anterior recurso, se estime el recurso de casación, case y anule la resolución impugnada y resuelva sobre el fondo en coherencia con el motivo interesado».

OCTAVO. - Por auto de 1 de marzo de 2011 se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

NOVENO.- En el escrito de oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, la representación procesal de D.ª Elisabeth formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Se estima que el recurso extraordinario por infracción procesal, no puede prosperar porque han sido resueltas todas las pretensiones de las partes, no pudiendo ser objeto de recurso la disconformidad de la parte con los argumentos que sirven de apoyo fáctico y jurídico a la resolución, sin que este prohibida la motivación por remisión.

En cuanto al recurso de casación se opone igualmente porque no concurre el interés casacional invocado, porque las sentencias que se invocan como contradictorias lo fueron al amparo del Derecho Civil Foral Catalán, y en cuanto al fondo se estima adecuada la resolución recurrida porque dentro del concepto de cargas familiares debe incluirse las cuotas del préstamo hipotecario.

Termina solicitando de la Sala «Que tenga por presentado este escrito en y, por formulada en tiempo y forma oposición a los recursos deducidos de contrario, dicte sentencia por la que confirmando íntegramente la recurrida, declare: 1.- La desestimación del recurso extraordinario de infracción procesal. 2.- La inadmisión del recurso de casación o, subsidiariamente, su desestimación declarando no haber lugar a casar la sentencia recurrida. 3.- La firmeza de la sentencia número 416 dictada el día ocho de abril de dos mil diez, por la Sección



24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1244/09 . 4.- La imposición a la parte recurrente de las costas ocasionadas».

DÉCIMO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación, porque la sentencia de 28 de marzo de 2011 de la Sala , estableció como doctrina que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362.2.º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC .

UNDÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 6 de marzo de 2013, en que tuvo lugar.

DUODÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. En el proceso de divorcio contencioso instado por D.ª Elisabeth contra D. Íñigo , se solicitó entre otros extremos por la demandante, que el abono del importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar fuera satisfecho íntegramente por el demandado. Fundó su pretensión en que la demandante carecía de ingresos económicos que le permitieran hacer frente a dicha obligación.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y acordó que como contribución a las cargas familiares el Sr. Íñigo abonaría el 100% del importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, al percibir la Sra. Elisabeth unos ingresos mínimos, sin perjuicio de la liquidación que proceda en su caso.

3. La Audiencia Provincial en lo que respecta a este punto, desestimó el recurso de apelación formulado por la parte demandada confirmando la sentencia de primera instancia. Declaró que procedía confirmar lo resuelto en cuanto a las cargas del matrimonio y sin perjuicio de su repercusión en la liquidación del régimen económico matrimonial.

4. Contra dicha sentencia formuló la parte demandada y apelante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación admitidos a trámite por auto de 1 de marzo de 2011.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal.*

El motivo único se introduce bajo la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 469.1 , 2 .º y 4.º de la LEC , por infracción del contenido del artículo 218 de la LEC , en cuanto a la falta de la debida congruencia, exhaustividad, motivación y las normas que regulan la sentencia, en este caso recurrida».

El motivo se funda, en síntesis, en que: a) se efectúa una motivación por mera remisión a la sentencia de primera instancia, pero sin fijar las razones jurídicas que llevan a desestimar las pretensiones del demandado y más concretamente las pruebas aportadas como apoyo a su pretensión, y si bien es válida la motivación por remisión, en el recurso de apelación, se denunció como errónea y omisiva la decisión de primera instancia en cuanto a la falta de argumento alguno que desacreditase el contenido de la prueba presentada en cuestiones tan trascendentes como la situación patrimonial, los préstamos percibidos para el pago de obligaciones,



la contabilidad bancaria de la compañía que administraba el demandado, etc.; b) al no tomar en cuenta la Audiencia Provincial en su resolución los argumentos del recurrente y no habiendo resuelto la sentencia dictada en primera instancia todas las cuestiones planteadas se estima por la parte recurrente que se infringen las normas reguladoras de la sentencia, pues no resuelve con la debida motivación, las razones aducidas en el recurso de apelación por el demandado.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO .- *Motivación suficiente.*

A) El deber de motivación de la sentencia se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (SSTC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6 ; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2 ; 61/2008, de 26 de mayo , FJ 4) y SSTS de 19 de diciembre de 2008, RC n.º 2519/2002 , 12 de junio de 2009, RC n.º 2189/2004 , 2 de octubre de 2009, RC n.º 2194/2002).

B) La sentencia impugnada cumple con las exigencias derivadas del deber de motivación, ya que permite conocer el criterio jurídico por el que se impone la contribución del pago de la totalidad de la carga hipotecaria al demandado. La razón en que se basa la sentencia recurrida es que valorando la situación económica de cada uno de los cónyuges, reflejada de forma detallada y acreditada en virtud de la prueba obrante en las actuaciones, el fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida, le impone el pago total de las cuotas hipotecarias al demandado en atención a los ingresos económicos de los cónyuges. Si este criterio es o no el procedente es una cuestión que atañe al fondo de la controversia, ajena al requisito de motivación de la sentencia y al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

C) El desarrollo argumentativo del motivo se funda en que, según el recurrente la sentencia objeto de recurso ha incurrido en una falta de valoración de la prueba solicitada. La denuncia de vulneración del artículo 218.2 LEC , sobre el requisito de motivación de las sentencias tiene su cauce a través del motivo previsto en el artículo 469.1.2.º LEC , pero aquel precepto no contiene normas sobre valoración de prueba, por lo que su cita no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada en la sentencia impugnada, que es lo realmente pretendido por la parte ahora recurrente.

El recurrente no justifica en su motivo qué elementos de prueba aportados en el proceso ponen de manifiesto el error de la sentencia recurrida, lo que es carga del recurrente, dado el carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005), e impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar la apreciación probatoria efectuada en la sentencia recurrida.

La conclusión de la sentencia impugnada no es ilógica, arbitraria, ni manifiestamente errónea -único juicio que ahora puede efectuar esta Sala, según la doctrina que ha quedado expuesta-, dado que: (i) se basa en la valoración de la prueba fundamentalmente documental; (ii) en el motivo no se ha justificado que la valoración de esta prueba documental sea errónea, ilógica o arbitraria; (iii) el recurrente no ha expuesto, con el adecuado apoyo documental, la variación sustancial de su capacidad económica.

CUARTO.- *Desestimación del recurso y costas.*

La desestimación del motivo alegado comporta la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, con imposición de las costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398.1 LEC , en relación con el artículo 394.1 LEC .

RECURSO DE CASACIÓN .

QUINTO.- *Enunciación del motivo único del recurso de casación.*

El motivo único del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC , por infracción del contenido de los artículos 91 , 95 , 102 , 1205 y 1438 del CC presentando interés casacional la resolución del recurso al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

El motivo se funda, en síntesis, en que la vivienda es propiedad indivisa de los litigantes, al regir entre ellos el régimen económico de separación absoluta de bienes desde el año 2004 y los cónyuges adquirieron la vivienda en el año 2006, dos años después del otorgamiento de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que se acordó el régimen de separación de bienes.

Desde esta realidad no se entiende por la parte recurrente que en la resolución recurrida se aluda a cargas familiares o con más propiedad a cargas del matrimonio, porque tal concepto, según la parte recurrente, solo puede hacer referencia a las obligaciones contraídas durante el matrimonio, es decir, mientras subsista la



convivencia y al finalizar la convivencia se sustituye por alimentos para los hijos y pensión compensatoria para el cónyuge que padezca desequilibrio económico.

Se estima por el recurrente que no podría hablarse del llamado ejercicio de la potestad doméstica al modo que contempla el artículo 1440.2 CC , pues remite al artículo 1319 CC que, a su vez alude a los bienes comunes y no resulta aplicable en el régimen de separación, pues en virtud del artículo 102 CC no solo cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, sino que igualmente se entienden revocados todo los poderes que entre los cónyuges se hubieran otorgado.

Se considera asimismo por el recurrente que la sentencia recurrida mediante su pronunciamiento esconde una camuflada pensión compensatoria, pues la expresión "cargas familiares" que aparece en varios artículos del CC, se refiere a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, alimentación y educación de los hijos, las atenciones de previsión y lo que en conjunto se denomina potestad doméstica (artículos 1318 , 1319 , 1362 , 1368 , 1438 y 1440 CC). La pensión compensatoria no debe entenderse incluida en la definición expuesta y hay que tener presente que las cargas matrimoniales las constituyen derechos y deberes propios de la relación matrimonial viva, mientras que la pensión compensatoria surge con la que está en crisis.

Por ello, la materia en la que se centra la contraposición reside en la imposición por la sentencia de segunda instancia al demandado de asumir la totalidad de las cargas del matrimonio, concretamente, el abono en exclusiva de las cuotas de la hipoteca que grava la vivienda familiar cuya titularidad ostentan ambos litigantes en virtud de escritura de capitulaciones, compraventa e hipoteca.

Sobre este punto existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El motivo debe ser estimado.

SEXTO.- *No constituye carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar.*

La sentencia recurrida confirmó el pronunciamiento de la sentencia dictada en 1.ª instancia y condenó al recurrente el pago de la cuota del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar.

Resulta aplicable en el supuesto que nos ocupa la jurisprudencia de esta Sala, SSTS de 31 de mayo 2006 , 5 de noviembre de 2008 , 28 de marzo 2011 , 29 de abril de 2011 y 26 de noviembre de 2012 , según las cuales, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC , porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes.

Según la STS de 31 de mayo de 2006 , la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103.3.ª CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues en el año 2004 otorgaron los esposos la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006. En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC , que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales.

SÉPTIMO .- *Estimación del recurso y costas.*

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Íñigo comporta que se case y anule en parte la sentencia recurrida, manteniéndose todos sus pronunciamientos, incluido el pronunciamiento sobre las costas, excepto lo relativo al importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar que deberá ser pagado por mitad entre los cónyuges propietarios.

Sobre las costas del recurso de casación debe decidirse aplicando el régimen establecido en los artículos 394.1, en relación con el 398 LEC .

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

**FALLAMOS**

1. Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo contra la sentencia dictada el 8 de abril de 2010 por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 1244/2009 , con imposición de las costas causadas en el recurso a la parte recurrente.

2. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo contra la sentencia dictada el 8 de abril de 2010 por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 1244/2009 , cuyo fallo dice:

»Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Íñigo , representado por el procurador D. José Carlos García Rodríguez; contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2009 ; aclarada por auto de 19 de junio de 2009, y subsanada por auto de 26 de junio de 2009; del Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid ; dictada en el proceso sobre divorcio número 490/08; seguido con D.ª Elisabeth , representada por el procurador D. Antonio Ángel Sánchez- Jáuregui Alcalde; debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

3. Casamos la sentencia recurrida que declaramos sin valor ni efecto alguno, en lo que se refiere al pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y mantenemos el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia, incluido el relativo a las costas.

4. En su lugar, se acuerda estimar en parte, el recurso de apelación interpuesto por D. Íñigo , contra la sentencia de 12 de junio de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, en el juicio de divorcio contencioso n.º 490/2008 y se anula la medida 6.ª que establecía que como contribución a las cargas familiares el Sr. Íñigo abonará el 100% del importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar de acuerdo con lo expuesto en el FJ 6 de esta sentencia.

5. No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol.. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.