



Roj: **STS 4639/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4639**

Id Cendoj: **28079110012016100611**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **3553/2015**

Nº de Resolución: **636/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 530/2015,**
STS 4639/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de octubre de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Audiencia Provincial de Salamanca Sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio de guarda y custodia n.º 48/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Ciudad Rodrigo, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Manuel , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Aurora Gutiérrez Martín; siendo parte recurrida doña Magdalena , representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Angeles González Rivera. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º.- La procuradora doña María Paz Acosta Rubio, en nombre y representación de doña Magdalena , interpuso demanda de juicio verbal sobre relaciones paterno filiales, contra don Manuel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1º.-Que existió una unión de hecho no matrimonial entre Don Manuel y a Magdalena .

»2º.-Se atribuya la guardia y custodia del hijo menor de edad a la madre, siendo el ejercicio de la patria potestad compartido por ambos progenitores.

»3º.-Dada la edad del hijo, 16 años, no se fije régimen de visitas, a favor del padre, pudiendo permanecer el menor en su compañía siempre que este lo desee.

»4º.- En concepto de pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad, D. Manuel , deberá abonar la cantidad de 800 euros mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco días primeros de cada mes. Dicha cantidad se actualizara anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el ENE u Organismo que lo sustituya.

» Los gastos extraordinarios del hijo, tales como enfermedades, tratamientos odontológicos, oftalmológicos, ortopédicos, no cubiertos por la Seguridad Social, así como el material escolar, libros de texto, matriculas, viajes de estudios serán abonados por ambos progenitores al 50%.

»5º.- Se atribuya el uso exclusivo de la vivienda familiar sita en la calle CALLE000 , nº NUM000 , NUM001 , a la demandante y su hijo, así como del ajuar doméstico en ella existente, pudiendo el demandado, previo



inventario, retirar del mismo sus ropas y enseres de uso personal y necesario para el supuesto que no lo haya verificado.

»6º.- Que se acuerde una pensión compensatoria a favor de Magdalena que se fija del siguiente modo: 40 % del valor del patrimonio del demandado adquirido durante la convivencia; o de forma subsidiaria la cantidad que prudencialmente estimamos en 150.000 € y que se corresponden con las cantidades que doña Magdalena dejó de percibir desde el año 1996 hasta el año 2006 por dedicarse en exclusiva al cuidado de la familia.

»7º.- Que se acuerde la expresa imposición de costas a la parte demandada».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don Agustín Risueño Martín, en nombre y representación de don Manuel contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1.- En cuanto a la patria potestad del menor Luis Pablo corresponde a ambos progenitores.

»2.- En cuanto a la guardia y custodia del menor Luis Pablo será flexible y corresponderá al progenitor que decida el menor debido a que el mismo actualmente tiene 17 años de edad. Salvo que tras exploración por equipo psicossocial considere que existe alguna manipulación por parte de Doña Magdalena en cuyo caso será otorgada al otro progenitor.

»3.- En cuanto a la pensión de alimentos el progenitor no custodio deberá abonar al progenitor custodio la cantidad de 179 euros de edad hasta que el menor alcance la mayoría de edad a fin de cubrir los gastos ordinarios del menor. En cuanto a los gastos extraordinarios, también hasta el día en el que el menor cumpla 18 años de edad y por tanto adquiera la mayoría de edad serán satisfechos por mitad por ambos progenitores siempre que los mismos sean acordados previamente y en caso de desacuerdo se someterán a valoración judicial.

»4.- En cuanto a la que fue vivienda familiar sita en Ciudad Rodrigo (Salamanca) CALLE000 NUM001 el uso corresponderá a Don Manuel al ser el actual residente de la misma y tener cubierta la necesidad de vivienda el menor residiendo en la vivienda de su hermana desde Julio de 2013. De manera subsidiaria y para el hipotético caso de que su señoría estime que el uso de la vivienda que fue familiar sea concedido al menor este estará limitado en el tiempo hasta el día en el que el menor cumpla los 18 años de edad y por tanto alcance la mayoría de edad momento en el que deberá desalojar la que fue vivienda familiar.

»En cuanto a las costas de las anteriores pretensiones numeradas del 1 al 4 ambas inclusive deberán ser impuestas a la parte actora en virtud del art. 394 CC .

»5.- En cuanto a la solicitud de pensión compensatoria solicitada por la parte actora y también denominada por la misma como reparadora por el desequilibrio económico presuntamente existente entre ambos cónyuges. Se estime la excepción planteada por esta parte por inadecuación del procedimiento con expresa condena en costas a la parte actora. En el hipotético caso de no ser estimada la excepción solicitada y su señoría entre a valorar el fondo del asunto desestime íntegramente la solicitud realizada por la parte actora en su escrito de demanda disponiendo su señoría que no es procedente ninguna pensión reparadora por desequilibrio económico, ni pensión compensatoria y / o cualquier otra, se absuelva a esta parte de tener que abonar ninguna cantidad a Doña Magdalena por dichos conceptos y sean impuestas las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Ciudad Rodrigo, dictó sentencia con fecha 9 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña María Paz Acosta Rubio, en nombre y representación de Doña Magdalena , y, en consecuencia, se acuerda el establecimiento de las siguientes medidas paterno filiales.

»1. Se acuerda el ejercicio conjunto de la patria potestad.

»2. Se atribuye la guarda y custodia del menor Luis Pablo a favor de D^a Magdalena .

»3. No se fija ningún régimen especial de visitas del menor respecto del progenitor no custodio.

»4. D. Manuel deberá abonar a favor de su hijo una pensión por alimentos de 300 euros mensuales hasta que alcance la independencia económica. Dicha pensión deberá ser satisfecha por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y abonada en la cuenta que la madre designe al efecto, siendo objeto



de revisión anual de conformidad con las variaciones que exprime el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que legalmente le sustituya.

»5. Se atribuye al menor Luis Pablo y a la progenitora custodia el uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar sito en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 de Ciudad Rodrigo, por el plazo de un año desde la firmeza de esta sentencia

»6. No se fija pensión indemnizaría a favor de D^a Magdalena .

»7. Ambos progenitores abonaran por mitad los gastos extraordinarios.

»8.- No procede hacer expresa imposición de costas»

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Magdalena y don Manuel . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictó sentencia con fecha ocho de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando parcialmente el recurso formulado por DOÑA Magdalena y parcialmente el formulado por DON Manuel , debemos revocar la sentencia de instancia en los siguientes extremos:

»1º) Pensión de alimentos con cargo al progenitor masculino y en del hijo de 600 euros mensuales, confirmando los demás extremos en relación a los distintos conceptos contempla la sentencia de instancia.

»2º) Atribución del uso del domicilio familiar al descendiente y progenitor conviviente con aquel, en tanto se mantengan las circunstancias contempladas en esta resolución sin límite temporal-

»3º) Dentro del concepto de alimentos, conforme establece el artículo 142 del C.C ., están comprendidos los alimentos en sentido estricto y la habitación, de modo que los gastos extraordinarios (a que se refiere el F.D. séptimo de la sentencia y omite la parte dispositiva) que deberán ser abonados al 50% serán los médico-sanitarios no cubiertos por seguro, así como los gastos de matrícula universitaria y material necesario para la formación así como gastos de ocio adecuado a su edad previamente consensuados por los progenitores y, en su defecto, sometidos a decisión judicial».

CUARTO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Manuel , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.2. CE . Error patente en la apreciación de la prueba. Vulneración principio inmediación. Segundo.- Infracción del art. 218.2. LEC por falta de motivación de la sentencia recurrida.

Así mismo interpuso recurso de casación basado en los siguientes Motivos: Primero.- Al amparo del apartado 3 del artículo 477.2. LEC : vulneración del art. 146 del Código Civil al no haberse respetado el principio de proporcionalidad del artículo 145 del mismo texto legal en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación conforme a las sentencias del T.Supremo Sala 1.ª 12.2.2.2015, nº 55/2015, sentencia del T. Supremo 16.12.2014 n.º 740/2014. Segundo.- Al amparo del apartado 3º del artículo 477. 2. LEC : vulneración del art. 96.3 y 348 del Código Civil , por infracción jurisprudencia de la Sala Primera del T. Supremo consistiendo la misma en que conceder el uso y disfrute de la que fue vivienda familiar al hijo mayor de edad y a la expareja sentimental, siendo la citada vivienda privativa de nuestro mandante, sin que se determine plazo alguno. Tercero.- Al amparo del apartado 3 del artículo 477.2. LEC . vulneración art. 93 del Código Civil art. 110 CC art. 142 CC 143 CC y art 154 CC 348 del Código Civil por infracción a la jurisprudencia del T. Supremo: sentencias de 15-10- 2014 y 26-10-2011 .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha. 18 de mayo de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Angeles González Rivero, en nombre y representación de doña Magdalena . presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se estime el segundo y tercer motivo del recurso de casación y se desestime el de infracción procesal.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de Octubre de 2016, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Manuel formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Audiencia provincial que le condena a abonar seiscientos euros en concepto de alimentos



a su hijo, Luis Pablo , nacido el NUM002 de 1997, dentro de los cuales incluye los gastos extraordinarios que deberá abonar al 50%, y atribuye el uso del domicilio familiar al hijo y progenitor conviviente con aquel, por tiempo indefinido. El primero, tiene que ver con el error en la valoración de la prueba y falta de motivación de la sentencia. El segundo con los alimentos del hijo, incluidos los gastos extraordinarios, y atribución del derecho de uso de la vivienda familiar por tiempo indefinido a la madre y al hijo, hoy mayor de edad.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El primer motivo denuncia error patente en la apreciación de la prueba y vulneración del principio de inmediación, habiendo omitido tener en cuenta la prueba testifical y no contemplarse en el auto de medidas la voluntad del menor de cursar estudios superiores fuera del domicilio familiar.

Se desestima.

Es doctrina reiterada de esta Sala, como ya señalaba la sentencia de 4 diciembre 2007 , reiterada en otras posteriores como las de 14 de junio de 2010 y 25 de marzo de 2015 , que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).

Situación que no acontece, en forma alguna.

En primer lugar, porque confunde el orden penal con el civil en lo que se refiere a la inmediación y cambio de criterio del tribunal cuando revoca una sentencia absolutoria para dictar otra condenatoria. Como sostiene la sentencia de 22 de diciembre de 2015 , que reproduce la del 22 de abril de 2016 , "en nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que la Audiencia Provincial hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido por el Juez de Primera Instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del tribunal revisor en relación con los del Juez de Primera Instancia. En este sentido, ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 212/2000, de 18 de septiembre :

«(...) en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum)».

Estas facultades del tribunal de segunda instancia aparecen claramente recogidas en el art. 456.1 LEC , al decir:

«En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

En segundo lugar, porque lo que realmente pretende es acotar y restringir el marco de debate en la segunda instancia a la valoración de la prueba testifical eludiendo que la resolución impugnada, tras examinar en su conjunto la prueba practicada, concluye que resulta que el progenitor masculino tenía saldos favorables por importantes sumas de dinero en diversas cuentas aperturadas en el año 2011 y 2012; que la cantidad de 300 euros se fijó en el citado auto atendiendo a la edad del menor y no acreditación de mayores necesidades de este y que, en definitiva, resulta «acreditado que los ingresos reales del padre superan a los admitidos y declarados».

TERCERO.- En el segundo motivo denuncia la falta de motivación de la sentencia y viene referida a la determinación de los ingresos del alimentante, lo que nada tiene que ver con la motivación sino con la disconformidad de la parte recurrente con la valoración probatoria de la que, acertada o desacertadamente, extrae unas conclusiones que no satisfacen los intereses de la parte recurrente. Se desestima.

Recurso de casación.



CUARTO.- El primer motivo se formula por vulneración del principio de proporcionalidad, con infracción de los artículos 145 y 146 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita puesto que no se ha determinado cuales son las necesidades del alimentista ni los medios del obligado a hacerse cargo de las mismas.

Se desestima.

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

De una o de otra forma, este argumento se ha reiterado en las sentencias más recientes de 28 de marzo de 2014 , 14 de julio y 21 de octubre 2015 , 6 de octubre de 2016 , señalando «...que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"» (SSTS de 21 noviembre de 2005 ; 26 de octubre 2011 ; 11 de noviembre 2013 , 27 de enero 2014 , entre otras).

Pues bien, nada de arbitrario hay en la determinación de los alimentos establecidos en favor de su hijo Luis Pablo . La sentencia no atiende solo a los ingresos de cada uno de los cónyuges. Atiende a otros datos para concretar el caudal y medios del alimentante, conforme a los artículos 93, párrafo segundo , y 146 del Código Civil , y refiere las necesidades del hijo en razón a la situación existente de cursar estudios superiores en población distinta del domicilio habitual y familiar. El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados respetan el canon de la proporcionalidad para establecer la cuantía de los alimentos.

QUINTO.- Los gastos extraordinarios se combaten desde una valoración sin dato fehaciente alguno como es el conocimiento que ambas partes tenían en el momento de interponerse la demanda y celebrarse la vista de que el hijo pretendía cursar estudios en la Universidad Pública con lo cual eran previsibles en el tiempo mientras se cursen dichos estudios. Se desestima.

SEXTO.- Respecto del uso de la vivienda, no es acertado el criterio de la sala de atribuir el uso por tiempo indefinido a un hijo mayor de edad y a su madre.

Como fundamento del interés casacional se citan las Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2011 y de 29 de mayo 2015 . En ellas se establece lo siguiente:

«... la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC , que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección...».

«...La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida señala lo siguiente:«Es sabido que, la naturaleza (privativa y lo ganancial) del domicilio familiar no es obstáculo para la atribución de su uso al progenitor conviviente, cuando este no es propietario, puesto que la atribución está informada por el beneficio del descendiente, y es sabido también que, la mayoría de edad del hijo y su traslado por motivos de cursar estudios superiores a otra ciudad -domicilio eventual y limitado a periodos de tiempo- según jurisprudencia ya consolidada no hace cesar la convivencia en el domicilio familiar y por tanto tampoco justifica el cese de la atribución del uso del citado domicilio. Consecuentemente procede atribuir su uso de carácter indefinido, sin perjuicio de su modificación en procedimiento legalmente previsto al efecto si se produce un cambio sustancial de circunstancias»



Sin duda, el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación. El uso se atribuye al descendiente y progenitor conviviente con aquél, *"en tanto se mantengan las circunstancias contempladas en esta resolución sin límite temporal"* y este tiempo no es el que conviene al hijo sino a su madre, aunque pueda valorarse la circunstancia de que pueda convivir con ella, pese a cursar estudios fuera del mismo, y de que la custodia que pudo establecerse a su favor durante un periodo de su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si este necesitara de la vivienda, puede pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos; valoración que hizo la sentencia del juzgado por un tiempo que hay entender transcurrido con exceso cuando esta resolución se dicta.

Por consiguiente, la sentencia recurrida, utilizando el criterio del beneficio del descendiente, contradice la doctrina de esta sala y ha de ser casada.

SEPTIMO .- Se imponen al recurrente las costas causadas por el recurso de extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración del de casación ni de las causadas en ambas instancias, de conformidad con el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Manuel contra la sentencia de 8 de octubre de 2015, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca . **2.-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la misma representación procesal y casamos la expresada sentencia en lo que se refiere al uso de la que fue vivienda familiar, sita en la CALLE000 n.º NUM000 . NUM001 de Ciudad Rodrigo, que declaramos sin valor ni efecto alguno, manteniéndola en todo lo demás. **3.-** Imponer a la parte recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer especial declaración en cuanto a las originadas por el recurso de casación y en ambas instancias. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.