



Roj: **STS 4402/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4402**

Id Cendoj: **28079110012021100819**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2021**

Nº de Recurso: **6826/2020**

Nº de Resolución: **794/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12920/2020,**
STS 4402/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 794/2021

Fecha de sentencia: 22/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6826/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID. SECCION N.º 22

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6826/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 794/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 22 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por don Jaime, representado por la procuradora doña Silvia de la Fuente Bravo y bajo la dirección letrada de don Andrés Berrocal Díaz, contra la sentencia n.º 410/2020 dictada con fecha 29 de mayo de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) en el recurso de apelación núm. 346/2019, dimanante del juicio de divorcio n.º 359/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000. Ha sido parte recurrida doña Palmira, representada por la procuradora doña Paloma Briones Torralba y bajo la dirección letrada de don Leopoldo Morales Tissot.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La procuradora doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de doña Palmira, interpuso demanda de divorcio del matrimonio formado por los cónyuges doña Palmira y don Jaime al amparo de lo dispuesto en el artículo 86 del Código Civil y por los trámites de lo dispuesto en los artículos 769 y siguientes de la LEC, al no existir acuerdo entre los cónyuges.

Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"[...]se dicte sentencia que declare el divorcio solicitado, incluyendo la condena en costas a la parte demandada, con los siguientes efectos:

"1.- Atribución de la guardia y custodia de los hijos menores de edad del matrimonio a la madre, siendo compartida la patria potestad por ambos cónyuges, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de los menores, obligándose ambos progenitores a adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a los hijos y, de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación. Cuando no pudieran ponerse de acuerdo los progenitores, acudirán a la decisión judicial.

"2.- Que se atribuya el uso y disfrute del domicilio conyugal.

"3.- A tenor de lo establecido en el artículo 93 y 142 y siguientes del Código Civil, se solicita en concepto de alimentos para los hijos del matrimonio, la cantidad mensual de SETECIENTOS EUROS (700) por cada uno de los hijos haciendo un total de MIL CUATROCIENTOS EUROS (1.400 EUROS), pagaderas por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, al ser menores de edad. Ha de señalarse que por alimentos no debe entenderse lo estrictamente indispensable, sino todo aquello que sea necesario para subvenir a las necesidades de los hijos. En atención a un principio de efectividad deberá ser incrementada su cuantía conforme a los índices que publique el INE relativos al IPC, de año en año, o el aumento de los ingresos del obligado al pago. Que dicho pago sea desde la interposición de la presente demanda de conformidad con lo previsto en el artículo 148 CC.

"4. Que como régimen de visitas del padre con los hijos del matrimonio que se determine el siguiente:

" Durante los periodos escolares: Un fin de semana alterno de cada dos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:30 h, que los reintegrará al domicilio materno.

" Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los hijos, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y; en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.

" B) Durante las vacaciones escolares de Navidad y verano, se repartirán la mitad de dichos periodos, correspondiéndole, a falta de otro acuerdo distinto entre los comparecientes, la primera mitad los años pares, y la segunda mitad los años impares a la madre y a la inversa al padre.

"-VACACIONES DE VERANO se entenderán divididas por mitad, en periodos semanales o de quince días que corresponderían alternativamente al padre o a la madre. Todas las entregas durante los periodos de vacaciones se realizarán a las 20.00 horas.

"1º periodo fin del colegio hasta el día 1 de julio

"2º periodo del día 1 de julio al día 16 de julio

"3º periodo, del 16 de julio al 31 de julio.



" 4º periodo, del 31 de julio hasta el 15 de agosto.

" 5º periodo del 15 de agosto hasta el día 31 de agosto

"6º periodo 31 agosto comienzo curso escolar

" En caso de desacuerdo corresponderá en los años pares el primer y tercer periodo al padre y el segundo y cuarto a la madre, siendo a la Inversa en los años impares.

"-Las VACACIONES DE NAVIDAD estarán divididas por mitad entre ambos progenitores; el primer periodo va desde el día-en que se les concedan las vacaciones escolares hasta el mediodía del día 31 de diciembre y el segundo periodo, desde dicha fecha, hasta el día a que tengan que reincorporar a sus actividades escolares. En los años sucesivos se alternará el periodo que corresponde a cada uno de ellos. Todo ello a excepción del Día de Reyes que permanecerán con ambos progenitores de la siguiente forma, en el caso que estuvieran en compañía de la madre serán recogidos por el padre a las 19 horas hasta las 21 horas y si estuvieran con el padre estarán en compañía de la madre desde las 14 horas hasta las 21 horas que las reintegrará al padre.

" En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, corresponderán alternativamente los años pares al padre y los impares a la madre.

"C) DURANTE LOS PERIODOS DE VACACIONES se interrumpen las estancias de fines de semana señaladas en el apartado A).

" D) PARA FACILITAR CUALQUIER RELACIÓN CON LOS HIJOS, cuando los menores se encuentren con uno de sus padres, fuera de su domicilio habitual, dicho progenitor comunicará al otro el lugar de tal estancia, así como el número del teléfono.

"5.-En concepto de pensión compensatoria dado que ambos cónyuges tienen ingresos no se realiza petición alguna.

"6.-Con respecto a los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida de los menores tales como clases extraescolares como complemento a sus estudios, viajes de estudios, deportes, ortodoncia, largas enfermedades...etc. que los mismos sean abonados al 50% entre ambos.

"7.- Pago de todos los gastos inherentes a los proindivisos sean abonados al 50% entre ambos cónyuges.

"8.- Que se condene en costas al demandado".

SEGUNDO. Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 , se registró como divorcio contencioso n.º 359/2018. Por decreto de fecha 12 de septiembre de 2018 se acordó la admisión a trámite de la misma y la sustanciación por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en el artículo 753 de la LEC.

En el suplico de la demanda se solicitó la adopción de medidas provisionales dictándose auto de fecha 19 de octubre de 2018 resolviendo sobre las mismas.

Conferido traslado a Jaime y al Ministerio Fiscal, una vez cumplimentado en tiempo y forma el trámite de contestación a la demanda, se convocó a las partes a la celebración de vista la cual tuvo lugar con el resultado que consta en las actuaciones. Practicada la prueba y tras conclusiones finales, quedaron los autos vistos para sentencia dictándose posteriormente por el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 , sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"FALLO:

" Que estimando parcialmente la demanda de divorcio;

" 1º- Declaro disuelto el matrimonio POR DIVORCIO formado por los cónyuges.

" 2º-La atribución a la madre sobre la guardia y custodia de los hijos menores de edad, siendo su patria potestad compartida.

" 3º- La atribución a los hijos menores y la madre custodia del uso y disfrute del domicilio conyugal referente al de localidad de DIRECCION001 y al padre el uso y disfrute de la vivienda en DIRECCION000 .

Cada parte abonará los gastos referentes a suministros, e impuestos de cada una de las viviendas que disfruten y abonarán por mitad la cuota hipotecaria.

" 4º- Fijar a cargo del padre en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 200 euros por hijo menor de edad, actualizable anualmente conforme a IPC y a ingresar en los 5 primeros días de cada mes.



" 5º- Fijar un régimen de visitas a favor del padre consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio de viernes con reintegro en el domicilio de la madre a las 18.00 horas del domingo.

" En vacaciones de verano dividido en 2 periodos, desde la salida del colegio hasta el 31 de Julio y desde el 31 de Julio hasta el inicio del colegio de los menores. Semana Santa íntegra para cada progenitor en años alternos y Navidad igualmente en dos periodos, desde salida del colegio hasta el 31 de Diciembre y desde el 31 de Diciembre hasta el inicio del colegio.

" Los periodos de elección corresponden en años pares al padre y en años impares a la madre.

" Una vez firme anótese en el registro civil".

TERCERO. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Palmira . Conferido traslado a las partes, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la sentencia recurrida. La Sección 22º de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia de fecha 29 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS:

" Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por doña Palmira , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de DIRECCION000 , de fecha 20 de diciembre de 2018, en el procedimiento registrado bajo el n.º 359/158, debemos revocar y revocamos parcialmente la mentada resolución en el siguiente sentido:

" Don Jaime deberá abonar en concepto de pensión alimenticia la cuantía de 350,00 por cada uno de los dos hijos menores (700,00 euros en total), cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya, y ello desde el dictado de la presente resolución.

" Se deja sin efecto el pronunciamiento sobre la atribución del uso de la vivienda sita en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de DIRECCION000 a don Jaime .

" El horario de recogida de los menores durante el régimen de visitas será a las 12:00 horas y el de entrega será a las 20:00 horas.

" Establecer que deben ampliarse los fines de semana alternos que corresponda a cada progenitor con las fiestas y puentes inmediatamente anteriores o posteriores al mismo.

" Ambos progenitores abonarán el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, previo acuerdo, o, en su caso, autorización judicial.

" Sin expresa condena de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente.

" Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8, désele el destino legal".

CUARTO. La representación procesal de don Jaime , interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 29 de mayo de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) en el recurso de apelación n.º 346/2019.

1. Invoca tres motivos para la interposición del recurso extraordinario por Infracción procesal:

(i) Motivo Primero. Se interpone el recurso al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alude a la infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, concretamente a la falta de motivación de la que adolece la meritada resolución judicial objeto del presente recurso vulnerando el art. 218.2 de la LEC.

(ii) Motivo Segundo. Se interpone al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, donde se alega la vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la estimación del recurso incongruencia omisiva.

(iii) Motivo Tercero. Se interpone al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como consecuencia de la errónea y arbitraria valoración de la prueba llevada a cabo por la Ilma. Sala, en lo que a la medida de la pensión de alimentos se refiere y que ha plasmado en la Sentencia objeto del presente recurso.

2. El recurso de casación se interpone fundamentado en dos motivos:



(i) Primero. Recurso de casación al amparo de lo preceptuado en el artículo 477.1 por falta de proporcionalidad de la sentencia, vulnerando el artículo 146 del Código Civil vigente.

(ii) Segundo. Recurso de casación al amparo de lo preceptuado en el artículo 477.3, presentando interés casacional la resolución del recurso al contradecir la Sentencia de Apelación la doctrina del Tribunal Supremo del principio de proporcionalidad que establece el artículo 146 del Código Civil vigente.

QUINTO. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 5 de mayo de 2021 se acordó admitir el recurso extraordinario de infracción procesal y el de casación interpuestos al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, confiriéndose traslado del citado auto de admisión a la representación procesal de Palmira para que formalizara oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. Conferido traslado al Ministerio Fiscal, se opone al recurso extraordinario por infracción procesal y apoya el de casación en base a la argumentación que expone en escrito de fecha 8 de junio de 2021.

SEXTO. Por providencia de fecha 8 de octubre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 10 de noviembre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Interpuesta por D.^a Palmira la demanda de divorcio del matrimonio formado con D. Jaime solicitando, por lo que ahora interesa, la fijación a cargo del padre de la cantidad de 1400 euros mensuales en concepto de alimentos para los hijos del matrimonio, así como el establecimiento de un régimen de visitas a favor de este consistente, durante los periodos escolares, en un fin de semana alterno de cada dos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:30 h, que los reintegrará al domicilio materno y, cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a este por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los hijos, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana, la sentencia de primera instancia, después de declarar disuelto por divorcio el matrimonio formado por ambos acordó fijar a cargo del padre en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 200 euros por cada hijo menor de edad, así como establecer un régimen de visitas a su favor consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes con reintegro en el domicilio de la madre a las 18.00 horas del domingo.

2. Interpuesto recurso de apelación por D.^a Palmira suplicando el aumento de la pensión alimenticia a la cantidad de 700 euros por cada hijo y, en relación con el régimen de visitas, la inclusión de los festivos y su unión a los puentes, la sentencia de segunda instancia decidió fijar en concepto de pensión alimenticia la cuantía de 350 euros por cada uno de los dos hijos menores (700 euros en total) y, en relación con el régimen de visitas, ampliar los fines de semana alternos correspondientes a cada progenitor con las fiestas y puentes inmediatamente anteriores o posteriores.

La sentencia argumentó, en relación con la pensión de alimentos, lo siguiente:

"[L]os alimentos a menores, tal como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, deben ser proporcionales a las necesidades de alimentación, vestido y educación de los mismos, así como a las posibilidades del progenitor no custodio en atención a sus ingresos. Ello implica que la fijación de su importe no puede quedar constreñido por reglas fijas sino que deberá de realizarse en atención a dichos parámetros así como valorando igualmente la obligación del progenitor custodio de prestar sus propios alimentos a los hijos menores de edad si bien la misma no debe ser valorada desde un punto de vista económico ni tampoco tiene porqué ser igualitaria pues incluye intangibles tales como la propia guarda de los menores con lo que ello conlleva de dedicación y cuidado a los mismos. Desde estos parámetros deben de valorarse las pruebas practicadas en este proceso y debe anticiparse que este tribunal considera ajustado el criterio seguido por la juzgadora a quo a la hora de determinar el alcance de los alimentos para los menores.

"[E]n primer lugar, y por lo que respecta a las necesidades de los menores, la necesidad más imperiosa son los gastos de colegio al que acuden " DIRECCION002 ", que se justifica con la documental aportada en el acto de la vista y que asciende a una media de unos 700,00 euros mensuales por cada uno de los dos hijos. Fuera de este gasto no se ha justificado ninguna otra necesidad de los menores diferente y especial que no sea las normales de alimento, suministros y vestido de unos niños de su edad.

"Si atendemos a los ingresos del padre, ha quedado acreditado que, en el año 2017, según se acredita con la declaración de la renta del ejercicio fiscal 2017, percibió 32.172,80 euros



(43.312,82-2668,46-4.328,99-4.142,57), lo que supone unos 2.681,00 euros mensuales. Los gastos que tiene el Sr. Jaime son el alquiler de una vivienda en Palma de Mallorca donde reside por su profesión, pagando una renta arrendaticia ascendente al importe de 600,00 euros mensuales, más los gastos de desplazamientos de Palma a Madrid para poder estar en compañía de sus hijos, a los que hay que unir los gastos de suministros, vestido, alimentación y contribución a los gastos de propiedades, más el 50% de la hipoteca que grava la vivienda que constituyo el domicilio familiar en DIRECCION001 por importe de 410,00 euros mensuales.

"Doña Palmira, en el año 2017, percibió unos ingresos ascendentes a unos 30.502,00 euros, lo que supone unos ingresos mensuales de 2.541,00 euros.

"Por ello este tribunal, teniendo en cuenta los ingresos de ambos progenitores, muy similares, los gastos de los menores, así como que el padre ha de hacer frente a los gastos de viaje que supone las visitas a sus hijos en Madrid y que la esposa, asimismo, contribuye en especie mediante el cuidado y la atención de los menores se estima proporcionada en atención a la capacidad económica del demandado y necesidades que representan los menores en la actualidad, la suma de 350,00 euros mensuales por cada hijo, lo que supone un total de 700,00 euros mensuales.

"Esta Sala estima que no puede fijarse unas cantidades de alimentos superiores, sobre las que no exista una certeza real que permita al progenitor custodio su cumplimiento, como es la petición solicitada por la parte actora de 700,00 euros mensuales por cada uno de los dos hijos, y ello a partir de la fecha de la presente resolución, pues la fijación de unas pensiones de alimentos que por su importe no puedan ser atendidas por el obligado al pago supone un claro perjuicio para los menores y para la propia apelante al tener que hacer frente por sí sola a los gastos de atención de los niños. Por ello el importe señalado por cada uno de los hijos se considera apropiado en atención a los ingresos del padre que han quedado acreditados en las actuaciones".

Razonando la sentencia sobre la ampliación de los fines de semana de visitas con las fiestas y puentes tanto inmediatamente anteriores como posteriores a aquellos, del siguiente modo:

"En cuanto a la petición de que se unan los festivos y puentes al fin de semana, dicha cuestión podría haber quedado solventadas en trámite de aclaración o complemento de sentencia, pero no se hizo por la propia parte recurrente.

"Como quiera que no se ha hecho así, procede ahora abordarlas por vía de recurso.

"La existencia de fiestas o de puentes inmediatamente anteriores o posteriores al fin de semana que deban pasar con el progenitor no custodio, por su carácter excepcional y festivo vienen a redundar en la idea de mantener un régimen de visitas amplio, y en nada perturbará la vida colegial de los menores, por lo que procede acogerlo".

3. Disconforme con la sentencia anterior el demandante ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. *Motivos del recurso. Alegaciones de la recurrida y del Fiscal. Decisión de la sala*

Motivos del recurso

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en tres motivos:

(i) El motivo primero tiene el siguiente encabezamiento: "Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alude a la infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, concretamente a la falta de motivación de la que adolece la meritada resolución judicial objeto del presente recurso vulnerando el artículo (sic) 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En su desarrollo se alega que la decisión de la Audiencia fijando la pensión de alimentos en la cuantía de 700 euros (350 por cada hijo) revoca la del juzgado, que la había establecido en la cantidad de 400 euros (200 por cada hijo) "[s]in motivación alguna, no ofreciendo argumento o razón alguna, ni exteriorizando en que fundamenta su decisión, dando la sensación que se trata de una decisión totalmente arbitraria, y por tanto conculcando lo preceptuado en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...]"; y que "[a] fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal a los ingresos del padre (sic), que después no aplica para resolver el recurso, ya que modifica la cuantía establecida en la instancia en concepto de pensión de alimentos a pesar de estar conforme con el criterio del juzgador quo (sic) y los datos objetivos obtenidos de la prueba practicada, por lo que debe de ser estimado el presente motivo de recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil relativo a la motivación de las Sentencias".



(ii) El motivo segundo tiene el siguiente encabezamiento: "Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el alega (sic) la vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la estimación del recurso incongruencia omisiva".

En su desarrollo se alega que se conculca el art. 24 CE, concretamente, el derecho a un proceso con todas las garantías, "[t]oda vez que la parte apelante si (sic) solicito el complemento dela (sic) Auto de medidas provisionales en lo que a la inclusión de los fines de semana de los puentes y días festivos, pronunciándose tal (sic) respecto el juzgador de instancia mediante Auto de fecha 7 de Noviembre de 2.018, decisión que posteriormente fue ratificada y elevada a definitiva en la Sentencia de instancia" y, por lo tanto, "[l]a exclusión de los puentes y días festivos de los fines de semana no es una omisión del juzgador [...], por lo que la discrepancia con la Sentencia de instancia con tal decisión no debía de haberse tramitado en el recurso de apelación por la vía de la omisión como de contrario se hizo, sino que debía de haberlo introducido por otra vía o motivo de recurso, y por tanto no debía de haber resuelto al respecto la Sala de Apelación, ni estimar el motivo de recurso de apelación".

(iii) El motivo tercero (y último) tiene el siguiente encabezamiento: "Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el (sic) alega la vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como consecuencia de la errónea y arbitraria valoración de la prueba llevada a cabo por la Ilma. Sala, en lo que a la medida de la pensión de alimentos se refiere y que ha plasmado en la Sentencia objeto del presente recurso".

En su desarrollo se alega que "[e]ste tercer motivo [...] guarda cierta conexión con el primero [...], ya que el error en la ausencia de motivación de la Sentencia antes aludida es una consecuencia de la valoración, arbitraria, errónea e ilógica que realiza la Sala de apelación respecto de la prueba practicada [...]"; que "[s]i el Tribunal de Apelación acepta, como así lo lleva a cabo, que la capacidad económica del Sr. Jaime es de 600 € mensuales, resulta incongruente que establezca una pensión de alimentos asciende a la cantidad de 700 € mensuales abocándole al incumplimiento de la Sentencia y las consecuencias derivadas del incumplimiento [...]"; y que "[n]o solo se aprecia el error en la valoración de la prueba en la imposibilidad [...] de hacer frente a la cuantía de la pensión que le ha sido impuesta, sino que también es apreciable del análisis conjunto, ya que si utilizamos el dato de los ingresos de la [...] demandante], que la Sala de Apelación da por buena, le sumamos los ingresos que tiene [...] él], y le restamos los gastos a los que deben de hacer frente ambos progenitores, resulta que no podrían pagar 1.400 € mensuales de colegio, lo que implica que es veraz lo expresado por el juzgador de instancia en su Sentencia, que no es otra cosa que el citado gasto escolar es abonado por los abuelos maternos, ya que los progenitores les serian imposible hacer frente a tal desembolso".

Alegaciones de la recurrida y del Fiscal

2. La recurrida solicita en su escrito de oposición, con carácter previo, la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

Alega en ese sentido: (i) que el motivo primero no se puede encuadrar en el recurso extraordinario por infracción procesal al no haber incurrido la Audiencia en la vulneración de una norma de derecho procesal o adjetivo; (ii) que el motivo segundo no incurre en la infracción denunciada, dado que el recurrente confunde la incongruencia con la falta de pronunciamiento favorable a sus intereses; (iii) y que el tercer motivo no vulnera el art. 24 CE, pues, se comparta o no, y sea o no ajustada a Derecho, la decisión de la Audiencia aumentando la pensión alimenticia no es manifiestamente irrazonable ni fruto de una interpretación arbitraria o un error patente.

A continuación, expone las razones de su oposición al recurso, afirmando que procede desestimar: (i) el motivo primero, porque la sentencia recurrida está debidamente motivada; (ii) el motivo segundo, porque la sentencia recurrida no adolece de incongruencia; (iii) y el motivo tercero, porque la sentencia recurrida no incurre en arbitrariedad ni está aquejada de error patente.

3. El Fiscal dice: (i) en relación con el primer motivo, que "[l]a sentencia está suficientemente motivada, como resulta de sus fundamentos Segundo y Tercero (sic)", por lo que el mismo debe ser inadmitido; (ii) en relación con el segundo motivo, que "[n]o se aprecia la infracción denunciada, pues la recurrente confunde la incongruencia, con la falta de pronunciamiento favorable a particular interés", por lo que también debe ser inadmitido; (iii) y en relación con el motivo tercero, que "[l]a estimación del recurso de apelación y correlativa revocación de la sentencia de instancia, aumentando la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia, no proviene de una arbitrariedad manifiestamente irrazonable o expresiva de un error patente, si se respeta la valoración conjunta de la prueba realizada por la resolución recurrida" y que el motivo "[i]ncurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento".



Decisión de la sala

4. Motivo primero. Como hemos dicho en dos recientes sentencias, 592/2021, de 9 de septiembre y 577/2021, de 27 de julio, reiterando lo ya declarado en otras:

"[d]eben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, 184/2019, de 26 de marzo, y 82/2021, de 16 de febrero)".

En el caso, la sentencia recurrida exterioriza y da a conocer de forma muy clara la razón por la que, estimando en este punto el recurso de apelación, la Audiencia decide elevar la cuantía de la pensión alimenticia de los menores. Dicha razón se expone en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, de cuya simple lectura se infiere que la pensión de alimentos se fija en la suma total de 700 euros, porque es la que se estima proporcionada y apropiada tanto a las necesidades de los hijos en ese momento como a la capacidad económica del demandado. Si bien la Audiencia también se refiere a los ingresos de la demandante, que cifra en 2541 euros y dice que son muy similares a los del demandado, y a la contribución en especie de aquella mediante el cuidado y atención de los menores, así como a la inconveniencia de fijar una cantidad superior a la que establece y, por lo tanto, atender la petición de la demandante, "[p]ues la fijación de unas pensiones de alimentos que por su importe no puedan ser atendidas por el obligado al pago supone un claro perjuicio para los menores y para la propia apelante al tener que hacer frente por sí sola a los gastos de atención de los niños".

De las necesidades de los hijos se dice que la más imperiosa son los gastos del colegio al que acuden, cifrados en una media de unos 700 euros mensuales por cada uno de ellos, y, asimismo, que fuera de este gasto no se ha justificado ninguna otra necesidad de los menores diferente y especial que no se corresponda con las normales de alimento, suministros y vestido de unos niños de su edad.

Y en relación con la capacidad económica del padre se consideran sus ingresos de 2681 euros mensuales y sus gastos: alquiler de una vivienda en Palma de Mallorca por importe de 600 euros mensuales, desplazamientos de Palma a Madrid para poder estar en compañía de sus hijos, suministros, vestido, alimentación y contribución a los gastos de propiedades, más el 50% de la hipoteca que grava la vivienda que constituyó el domicilio familiar por importe de 410 euros mensuales.

En consecuencia, existe motivación. Cosa distinta es que el recurrente no la considere acertada. Por lo tanto, el primer motivo se desestima.

5. Motivo segundo. No cabe reprochar error a la Audiencia por afirmar, en relación con la petición de que se unan los festivos y puentes al fin de semana, que la demandante, que acusa a la sentencia de primera instancia en este punto de incongruencia omisiva por no dar respuesta a su petición, no planteó la cuestión en trámite de aclaración o complemento de sentencia, lo que se ajusta por completo a la realidad, dado que es manifiesto que no lo hizo. Algo que no cambia por más que pidiera, lo que la Audiencia no niega, el complemento del auto de medidas provisionales, pues resulta obvio que el auto de medidas provisionales no es la sentencia.

Y tampoco se puede plantear de forma apodíctica que el juzgado denegó la aclaración del auto de medidas provisionales, porque la cuestión había sido resuelta en sentido desestimatorio de forma implícita, y de esa manera, y a partir de tal premisa, afirmar a continuación que tal desestimación fue ratificada por la sentencia recurrida, puesto que nada de lo anterior, más allá de lo que el demandado interpreta, constituye una evidencia.

En cualquier caso, si hubo desestimación, como el demandado dice, entonces no se entiende su queja, pues reproducida la cuestión en el recurso de apelación lo desarreglado y contrario al art. 24 CE hubiese sido no resolverla escudándose en el formalismo enervante de que, al plantearse como una omisión de la sentencia, en vez de como una desestimación de esta, la Audiencia no podía darle respuesta.

Finalmente, dado que lo que se plantea en el fondo es un defecto de la sentencia por pronunciarse la Audiencia más allá de lo debido (el recurrente lo que dice es que no debía haber resuelto al respecto) el motivo del recurso se debería haber encauzado por la vía del número 2.º y no por la del número 4.º del art. 469.1.

Por lo tanto, el motivo segundo se desestima también.

6. Motivo tercero. En el desarrollo del motivo concurren dos inexactitudes relevantes, dado su contenido.

6.1 La Audiencia no dice, en ningún momento, que la capacidad económica del recurrente sea de 600 euros mensuales. Es este el que presupone que aquella ha asumido, en sus propios términos, la relación desglosada de gastos que consignó en su escrito de contestación (por importe total de 2110 euros) y que ahora vuelve a reflejar en las páginas 23 y 38 del escrito interponiendo el recurso de casación.



Sin embargo, entre los gastos a los que se refiere la Audiencia en la sentencia recurrida no se mencionan los de "Transporte Público Palma de Mallorca" (30 euros al mes) e "Imprevistos" (50 euros al mes); y de los demás, y aunque también reconoce la existencia de "los gastos de desplazamientos de Palma a Madrid para poder estar en compañía de sus hijos, a los que hay que unir los gastos de suministros [sin mayor concreción], vestido, alimentación y contribución a los gastos de propiedades [también en este caso sin más especificación]", la Audiencia tan solo cuantifica, de forma expresa y concreta, los de "alquiler de una vivienda en Palma de Mallorca" (por la suma de 600 euros mensuales) y el relativo al "50% de la hipoteca que grava la vivienda que constituyó el domicilio familiar en DIRECCION001 " (410 euros al mes).

En realidad, y aunque no llegue a concretarla en una determinada cantidad, lo que considera la Audiencia, de forma distinta a lo presupuesto por el recurrente, es que la capacidad económica de este le permite hacerse cargo de una pensión alimenticia total de 700 euros al mes. Y ese es el dato probatorio que el recurrente tiene que descalificar, si quiere ver prosperar el motivo, demostrando que es erróneo.

Ahora bien, es doctrina reiterada de la sala que como el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia ni en un medio de control general de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, para que un error en dicha valoración tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, ya que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a esos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: (i) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y (ii) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia, habiéndose declarado también que para que haya arbitrariedad en la valoración de la prueba, la decisión debe ser una simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna (entre otras y por citar solo algunas de las más recientes, sentencias 728/2021, de 26 de octubre, 489/2021, de 6 de julio, 451/2021, de 25 de junio, 376/2021, de 1 de junio, 364/2021, de 26 de mayo, 170/2021, de 25 de marzo y 1/2021, de 13 de enero).

El recurrente no justifica que la Audiencia haya incurrido en un error de esas características. Es más, ni siquiera justifica que se haya equivocado. Da por hecho, con lo que incurre, al hacer supuesto de la cuestión, en una clara petición de principio, que su capacidad económica se cifra en 600 euros al mes conforme a lo que resulta de la relación desglosada de gastos anteriormente mencionada, lo que no se puede asumir si dicha relación se considera a la luz de la documental aportada, dado que:

(i) El saldo de 350 euros mensuales por "Billetes de Avion Mad-PM", que el demandado tampoco explica de qué cuenta es resultado, no se puede considerar justificado a la vista del bloque documental 17, del que resultaría un gasto mensual aproximado de 185 euros conforme al promedio de los precios totales que constan en los diferentes recibos y considerando que el régimen de visitas establecido a su favor es de fines de semana alternos.

(ii) El saldo de 85 euros por "Suministros de la vivienda sita en la CALLE000 numero (sic) NUM000 de DIRECCION000 (Luz, agua y gas)" tampoco se puede considerar justificado a la vista de los documentos 11 y 13, de los que resultaría, si, como en el caso anterior, extraemos el promedio correspondiente, un gasto mensual en torno a los 38 euros.

(iii) Y no se ha aportado justificación del saldo de 200 euros por "Prorrateo mensual de abonos IBI, Seguro de Hogar y plazas de garaje de las viviendas de DIRECCION000 y DIRECCION001 "; ni de los saldos de 30 euros por "Transporte Público Palma de Mallorca" y de 50 euros por "Imprevistos", de los que tampoco se ofrece, pese a que la carga de la argumentación recae sobre el demandado, la más mínima explicación.

Por lo tanto, si, por las razones que acabamos de señalar, en su propia relación de gastos corregimos los saldos por billetes de avión y suministros de la vivienda de la c/ CALLE000 y eliminamos los de transporte público en Palma de Mallorca, prorrateo mensual de abonos de IBI y seguros de las viviendas de DIRECCION000 y DIRECCION001 , e imprevistos, obtendríamos como resultado que la cifra de gasto mensual total supone la cantidad de 1617 euros. De lo que se sigue que, como quiera que sus ingresos mensuales son de 2681 euros, su capacidad económica es de 1064 euros. Es más, seguiríamos obteniendo una capacidad económica mensual no solo superior a los 600 euros que dice el recurrente, sino a los 700 de pensión total fijados por la Audiencia, aunque consideráramos en la cuenta los gastos que hemos eliminado.

6.2 Y también hay que anotar otra inexactitud. La sentencia de primera instancia no afirma, en ningún momento, que los gastos del colegio (DIRECCION002) de los menores sean abonados por los abuelos maternos. Lo que dice es que constan apoyos económicos familiares, en concreto, ayudas por parte del padre de la demandante



a través de varios ingresos en una cuenta de titularidad conjunta de los cónyuges, en la entidad Openbank, sin detallar concepto. Es más, la insistencia del demandado en el hecho de que son los abuelos maternos los que satisfacen dichos gastos es difícilmente conciliable con el contenido resultante de los documentos aportados por él bajo los núms. 14, 15 y 16, pues carece de sentido, cuando reconoce lo espléndidamente que han sido atendidos sus hijos en dicho centro académico, su empeño en no renovar su matrícula no siendo él y la demandante, sino los padres de esta, los que corren con los gastos escolares.

Por todo lo anterior, el motivo tercero ha de correr la misma suerte desestimatoria que los dos anteriores.

En conclusión, procede desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

TERCERO. *Motivos del recurso. Alegaciones de la recurrida y del Fiscal. Decisión de la sala*

Motivos del recurso

1. El recurso de casación se funda en dos motivos.

(i) El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Recurso de casación al amparo de lo preceptuado en el artículo 477.1, por falta de proporcionalidad de la Sentencia, vulnerando el artículo 146 del Código Civil vigente".

En su desarrollo, el recurrente alega que la Audiencia da total y absoluta validez, reproduciéndolos, a los datos que sobre su capacidad económica tuvo en cuenta el juzgado. Y que este determinó que dicha capacidad económica, una vez descontados los gastos ineludibles de los ingresos que percibe por su trabajo, es de 600 euros. Por lo que "[H]uelga decir que el Tribunal de Apelación conculca el principio de proporcionalidad que preceptúa el artículo 146 del Código Civil vigente, ya que la cantidad que impone [...] en concepto de pensión de alimentos no puede cumplirla ni afrontarla al ser superior a su capacidad económica [...]".

(ii) El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: "Recurso de casación al amparo de lo preceptuado en el artículo (sic) 477.3, presentando interés casacional la resolución del recurso al contradecir la Sentencia de Apelación la doctrina del Tribunal Supremo del principio de proporcionalidad que establece el artículo 146 del Código Civil vigente".

En su desarrollo el recurrente alega, en un primer apartado que, según señala, está totalmente relacionado con el anterior motivo de casación, que se infringe el principio de proporcionalidad regulado por el art. 146 CC en lo que a la cuantificación de la pensión de alimentos se refiere, puesto que "[a] pesar que la sala de Apelación está de acuerdo con el criterio seguido por el juzgador de instancia para cuantificar la pensión de alimentos, a pesar de estar conforme con los gastos de los menores y sobre todo con los ingresos y capacidad económica [...], considera adecuado fijar en 350 € por cada hijo la pensión de alimentos, conculcando de esta forma el principio de proporcionalidad al establecer [...] una cantidad inasumible [...] al sobrepasar su capacidad económica". A continuación, en un segundo apartado, el recurrente asevera que la sentencia de la Audiencia contradice las sentencias de esta sala 161/2017, de 8 de marzo y 83/2018, de 14 de febrero.

Alegaciones de la recurrida y del Fiscal.

2. La recurrida solicita en su escrito de oposición, con carácter previo, la inadmisión del recurso de casación.

Alega en tal sentido: (i) por lo que se refiere al motivo primero, relativo a la falta de proporcionalidad, que no existe interés casacional por falta de respeto a la base fáctica de la sentencia; (ii) y por lo que se refiere al motivo segundo, en el que se aduce la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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.

A continuación, expone las razones de su oposición al recurso, afirmando que procede desestimar: (i) el motivo primero, porque la sentencia no infringe el principio de proporcionalidad del art. 146 CC y lo que plantea la parte recurrente es su disconformidad con los hechos tomados en consideración por la sentencia recurrida y con las valoraciones jurídicas realizadas a partir de tales elementos de hecho; (ii) y el motivo segundo, porque la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, como señala la STS 903/2005, de 21 de noviembre: "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".



El Fiscal apoya los dos motivos. Dice: (i) en relación con el primero, que "[e]l pago total de 700 euros mensuales resulta superior a los 600 euros mensuales de disponibilidad reconocidos al alimentista [...]"; (ii) y en relación con el segundo, que "debe de ser estimado, al ser la sentencia de la Audiencia, opuesta a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en lo que al juicio de proporcionalidad se refiere, relativo a la cuantificación de la pensión de alimentos atendiendo a la capacidad económica del alimentante y las necesidades de los alimentistas, desatendiendo los criterios Jurisprudenciales y emitiendo un pronunciamiento desproporcionado, al carecer el alimentista de medios económicos, remitiéndonos a lo antes expuesto para el primer motivo".

Decisión de la sala

3. Los motivos de casación se fundan en la misma premisa y presentan una íntima conexión. Para denunciar la conculcación por la sentencia del principio de proporcionalidad del art. 146 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, al haber establecido una pensión alimenticia a cargo del recurrente de 700 euros al mes, se parte en ambos de su imposibilidad para atenderla al ser la capacidad económica de este solo de 600 euros mensuales.

Formalmente, la objeción es correcta, pero se fundamenta en una razón que altera la razón decisoria contraria que establece la sentencia: que la capacidad económica del recurrente le permite hacerse cargo de una pensión alimenticia total de 700 euros al mes. Y lo anterior no procede sin desvirtuar previamente dicha ratio decidendi justificando su error evidente, manifiesto, notorio o patente, lo que, como hemos visto, en el caso no acontece.

Por lo tanto, hay que concluir, conforme a nuestra doctrina, que los motivos incurren en la causa de inadmisión, que en este momento se convierte en causa de desestimación, de carencia manifiesta de fundamento, por alterar la base fáctica de la sentencia.

TERCERO. *Costas y depósitos*

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer las costas generadas por ambos recursos al recurrente (arts. 398.1 y 394.1 LEC), con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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. Jaime contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimosegunda) el 29 de mayo de 2020 (recurso de apelación 346/2019).

2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Jaime contra la sentencia referida en el ordinal anterior.

3.º Imponer a D. Jaime las costas ocasionadas con los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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.