



Roj: **STSJ AR 145/2021 - ECLI:ES:TSJAR:2021:145**

Id Cendoj: **50297310012021100009**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2021**

Nº de Recurso: **37/2020**

Nº de Resolución: **2/2021**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 00002/2021

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. MANUEL BELLIDO ASPAS

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH

D. IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA

En Zaragoza, a doce de febrero de dos mil veintiuno.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal número 37/2020 interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 16 de junio de 2020, recaída en el rollo de apelación número 634/2019, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 340/2019, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, en el que es parte recurrente, D. Nazario, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Luisa Hueto Sáenz y dirigido por la Letrada D^a. María Pilar Sangorrín Ferrer, y en el que ha sido parte recurrida D^a. Marta, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María José Ferrando Hernández y dirigida por la Letrada D^a. Nieves Soriano Godes y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, la Procuradora D^a. María José Ferrando Hernández, actuando en nombre y representación de D^a. Marta, presentó demanda de modificación de medidas definitivas sobre la guardia y custodia compartida, alimentos y régimen de visitas aprobada por sentencia nº 477/2018 de 17 de julio de 2018, contra D. Nazario, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando:

<<se acuerden las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

1.- Se atribuya la guarda y custodia individual del hijo menor Roque a la madre, Doña Marta. La autoridad familiar será ejercida conjuntamente por ambos padres, adoptando de mutuo acuerdo todas decisiones de trascendencia que afecten al menor y de modo especial aquellas relativas a su salud, educación y formación. Toda decisión, resolución o medida que afecte al menor se adoptará en atención al beneficio e interés del mismo.



El régimen de visitas, estancias y vacaciones entre el padre y el hijo Roque , de 16 años de edad, tendrá lugar en la forma y modo que estimen conveniente entre ambos.

2.- Don Nazario abonará a la madre en concepto de *gastos de asistencia* de su hijo Roque la cantidad de 450,00 euros/ mes, con efecto retroactivo a la admisión a trámite de la presente demanda de modificación de medidas.

Dicha cantidad se abonará por anticipado durante los cinco primeros días de cada mes en el número de cuenta que designe la Sra. Marta y será revalorizada al alza desde el próximo mes de enero de 2020 conforme al aumento anual del índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo que pudiera, en su día, sustituirle.

Los *gastos extraordinarios necesarios* serán sufragados al 50% entre ambos progenitores. Se entenderán por tales: las cuotas escolares, libros de texto, material escolar de inicio del curso, viajes de estudio, profesores de apoyo que pudiese necesitar, APA, seguro escolar, matrículas universitarias; los gastos médicos, farmacológicos y quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, así como los gastos de ortopedia, dentista-ortodoncia, oftalmólogo, las excursiones colegiales, campamentos, actividades extraescolares, gimnasio etc.

Los *gastos extraordinarios no necesarios* se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.>>

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándolos para que comparecieran en autos en tiempo y forma.

La Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Luisa Hueto Sáenz, en nombre y representación de D. Nazario , contestó en tiempo y forma a la demanda de modificación de medidas, interesando se dictase sentencia en la que se mantenga la custodia compartida con la posibilidad de acomodar el reparto de tiempo por quincenas o meses alternos, o subsidiariamente se establezca que en el caso de que resida temporalmente en el domicilio materno o en el domicilio paterno por períodos superiores de tiempo al previsto para la custodia compartida, que ambos progenitores deban compensarse entre sí en un caso u otro en la cantidad de 200€ o la parte proporcional mensual que corresponda, imponiendo las costas a la actora en cualquier caso al haber eludido el consenso previo de la mediación a la que se sometió por escrito y ante el juzgado.

TERCERO. - Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicadas las pruebas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 4 de septiembre de 2019 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

<<FALLO:

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ferrando Hernández, en nombre y representación de D^{ña}. Marta , frente a D. Nazario , DEBO DECLARAR Y DECLARO HABER LUGAR a la modificación de la sentencia de medidas de guarda, custodia visitas y alimentos de hijo menor de edad dictada por este Juzgado el 17 de julio de 2018 en autos nº 616/18, en lo siguientes términos:

1ª) La guarda y custodia del hijo menor Roque se atribuye a la Sra. Marta , siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, debiendo ser consultado el Sr. Nazario en relación a aquellas circunstancias extraordinarias que afecten de modo relevante a la vida del menor en todas sus facetas (educativas, de salud, formativas de su personalidad, etc....), relacionándose padre e hijo de forma libre y voluntaria y conforme a los acuerdos que ambos alcancen.

2ª) El Sr. Nazario , deberá abonar, como pensión de alimentos para el hijo menor Roque , con efectos de 1 de septiembre de 2019, la suma de 270 € mensuales a ingresar en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta o libreta que al efecto designe la Sra. Marta , actualizable el 1 de enero de cada año conforme a las variaciones al alza del IPC que fije el INE u organismo que lo sustituya. Son gastos incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, alimentación y vivienda, los de educación, y los universitarios en centros públicos (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), las excursiones escolares de corta duración, material escolar, transporte, libros, etc.

Respecto de los gastos extraordinarios, se mantiene lo establecido en la sentencia de 17 de julio de 2018.

3ª) En relación a Modesta , procederá mantener el sistema de contribución de los progenitores a sus gastos tal y como se estableció en la sentencia de 17 de julio de 2018, siendo la contribución de cada progenitor a la cuenta común de 100 €.

Todo ello sin expresa condena en costas, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.



Notifíquese en legal forma la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes poniendo en su conocimiento que frente a la misma, que no es firme, cabe interponer ante este Juzgado recurso de APELACIÓN en los VEINTE DÍAS siguientes al de su notificación, correspondiendo en su caso conocer del mismo a la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, quedando el original en el Libro de sentencias civiles de este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo.>>

CUARTO. - La Procuradora Sra. M^a José Ferrando Hernández, en representación de D^a. Marta , interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, presentando escrito de oposición la representación de D. Nazario , en el que solicitaba la desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia y la condena en costas, el Ministerio Fiscal evacuó asimismo dicho trámite interesando la confirmación de la sentencia recurrida por los propios fundamentos de la misma y encontrarse ajustada a derecho.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes y previos los trámites legales, dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2020 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

<<FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación al que el presente Rollo se contrae, interpuesto por D^a Marta , contra la Sentencia de fecha 4-09-2019 dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N^o 6 DE ZARAGOZA en los autos de Familia. Modificación medidas supuesto contencioso n^o 340/2019 - 00, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de elevar a 350 € mensuales la pensión alimenticia de Roque a cargo del padre, excluyendo de la misma los gastos universitarios, de transporte y excusiones escolares, que deben incluirse en los gastos extraordinarios del hijo.

Los gastos extraordinarios necesarios y no necesarios se abonarán por los progenitores conforme a lo establecido en la Sentencia firme de 17-07-2018.

No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido por Dña. Marta .

Contra la anterior Sentencia cabe interponer recurso de Casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16^a redactada conforme a la Ley 37/11 de 10 de Octubre, que se interpondrá en el plazo de veinte días ante este Tribunal, debiendo el recurrente al presentar el recurso, acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (n^o 4899) en el Banco de Santander, debiendo indicar en el recurso Concepto en que se realiza: 06 Civil - Casación, y sin cuya constitución no será admitido a trámite.

Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, juntamente con la resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá resolución al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

QUINTO. - La Procuradora D^a. M^a Luisa Hueto Sáenz, en nombre y representación de D. Nazario , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza por los siguientes motivos conforme consta en su escrito:

<< MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL

PRIMER MOTIVO.- Se interpone al amparo de la causa 2^a del artículo 469.1, porque la Sentencia ha infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, sobre error de motivación, y por tanto con infracción del artículo 218.2 de la Ley Procesal civil . La Sentencia, en el caso de custodia individual, califica los gastos de educación como extraordinarios.

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo de la causa 2^a del artículo 469.1, porque la Sentencia ha infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, sobre contradicción e incongruencia en la motivación de la Sentencia y la calificación de los gastos, y por tanto con infracción del artículo 218.2 de la Ley Procesal civil .

TERCER MOTIVO.- Al amparo de la causa 2^a del artículo 469.1, porque la Sentencia ha infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, sobre contradicción e incongruencia interna en la motivación de la Sentencia, y por tanto con infracción del artículo 218.2 de la Ley Procesal civil .



CUARTO MOTIVO.- Al amparo de la causa 4ª porque la Sentencia ha infringido las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, al vulnerar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , produciendo indefensión, al existir un error en la valoración de la prueba documental que incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad y error manifiesto que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución e infracción de lo dispuesto en el artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil .

QUINTO MOTIVO.- Al amparo de la causa 4ª del artículo 469.1, porque la Sentencia ha vulnerado las reglas de la valoración de la prueba documental consistente en error en la apreciación de las partidas y rendimientos de ambos litigantes en sus respectivas declaraciones de renta, que desemboca en un juicio arbitrario, irrazonable y erróneo en la Sentencia dictada y provoca la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva de mi representado.

SEXTO MOTIVO.- Al amparo de la causa 4ª del artículo 469.1, porque la Sentencia ha vulnerado las reglas de la valoración de la prueba documental ya que al partir de unos datos económicos erróneamente apreciados de las declaraciones de renta del ejercicio 2.018 de ambos litigantes, la pensión fijada en la Sentencia es producto de un juicio arbitrario, irrazonable y erróneo, lo que provoca la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva de mi representado.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION

PRIMER MOTIVO.- Se interpone al amparo del artículo 477.1º de la Ley Procesal civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del artículo 82.3 del Código de Derecho Foral de Aragón , que dispone que "el Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia".

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del artículo 477.1º de la Ley Procesal civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del principio de proporcionalidad del artículo 82.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y en relación al artículo 146 del Código civil al no haberse tenido en cuenta la totalidad de los ingresos reales de ambos progenitores, por todos los conceptos, para calcular la capacidad económica de ambos, sino que sólo se tienen en cuenta los del padre, dejando de computar los mobiliarios e inmobiliarios de la madre, lo que influye directamente en la fijación de la pensión alimenticia que debe afrontar el padre y que ha sido incrementada sin justificación alguna.

TERCER MOTIVO.- Se interpone al amparo del artículo 477.2.3 º y 477.3 de la Ley Procesal civil por cuanto el Recurso presenta interés casacional al oponerse a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, respecto de la consideración como ordinarios de los gastos escolares y de educación universitaria que en una custodia individual deben entenderse incluidos en la pensión alimenticia del hijo, no teniendo por tanto la consideración de gastos extraordinarios, como los califica erróneamente la Sentencia impugnada.>>

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 4 de noviembre de 2020 la Sala acordó declarar su competencia y admitir a trámite el recurso de casación e infracción planteado.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, la primera presentó escrito de oposición dentro de plazo y el segundo estimó que procedería casar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y declarar el carácter ordinario de los gastos educativos.

Por providencia de 16 de diciembre de 2020 se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes relevantes

1.1. La representación de doña Marta interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza demanda de modificación de medidas definitivas sobre la guarda y custodia compartida, alimentos y régimen de visitas del hijo menor Florian , respecto de lo que se había acordado en sentencia de 17 de julio de 2018, que decidió que tanto la guarda y custodia del citado Florian como de su hermana menor Modesta sería compartida por ambos progenitores. La razón por la que se pretendía la modificación de la custodia de Florian era que éste, de 16 años de edad a la sazón, se negaba rotundamente a compartir su vida con su padre.

1.2. La demanda solicitaba, entre otros pronunciamientos, que el demandado abonase para satisfacer los gastos de asistencia de su hijo Florian la cantidad de 450 € mensuales, y que los gastos extraordinarios necesarios fueran sufragados al 50% entre ambos progenitores.



1.3. Don Nazario se opuso a la demanda e interesó la continuación de la custodia compartida del menor Florian y que, subsidiariamente, se establezca -para el caso de que Florian resida temporalmente en el domicilio materno o en el paterno por periodos superiores al tiempo previsto para la custodia compartida- que ambos progenitores deben compensarse en la cantidad de 200 € mensuales o en la parte proporcional mensual que corresponda.

1.4. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, dictada el 4 de septiembre de 2019, estimó en parte la demanda y decidió respecto a la custodia de Florian, de 16 años y 8 meses de edad en dicha fecha, que se atribuye a la madre, por cuanto la exploración judicial del menor concluía en que este había decidido por su propia organización y estabilidad personal quedarse a residir de forma permanente y estable en el domicilio materno, y acordó que el demandado debería abonar como pensión de alimentos para el hijo menor Florian la suma de 270 € mensuales, pensión en la que se incluirían los gastos de vestido, alimentación y vivienda, los de educación y los universitarios en centros públicos, excursiones escolares de corta duración, material escolar, transportes, libros, etcétera.

1.5. Doña Marta interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, solicitando su revocación parcial para que se establezca la suma de 450 € mensuales como pensión alimenticia del hijo Florian a cargo del padre, y que todos los gastos de educación, universitarios en centros públicos, matrículas, material escolar, transporte, etcétera, así como los gastos extraordinarios necesarios y no necesarios, se abonen por mitades e iguales partes.

1.6. Tras el trámite pertinente, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 16 de junio de 2020 ha estimado en parte el recurso de apelación: decidió que el menor Florian, de 17 años de edad en dicha fecha, había pasado a residir en exclusiva con su madre el 2 de diciembre de 2018 y por tanto la madre soporta el cuidado y atención diarios del menor, sufragando sus gastos ordinarios elementales, comida, vestido y habitación; que Florian está cursando 2º de bachillerato en un colegio concertado; determinó el importe de los gastos de educación y decidió finalmente revocar la sentencia de primer grado, en el sentido de elevar a 350 € mensuales la pensión alimenticia de Florian a cargo del padre, excluyendo de la misma los gastos universitarios, de transporte y excursiones escolares, que deben incluirse en los gastos extraordinarios del hijo. Los gastos extraordinarios necesarios y no necesarios se abonarán por los progenitores conforme lo establecido en la sentencia firme de 17 de julio de 2018.

1.7. Frente a dicho fallo se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la representación de don Nazario, por los motivos que se han recogido en los antecedentes de hecho, que serán objeto de examen jurídico en los siguientes fundamentos.

SEGUNDO. - Primer motivo de infracción procesal. Error de motivación.

2.1. Se interpone al amparo de la causa 2ª del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia ha infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia sobre error de motivación, y por tanto con infracción del artículo 218.2 de la Ley procesal civil. La sentencia, en el caso de custodia individual, califica los gastos de educación como extraordinarios. Explica la parte recurrente que no se justifica ni motiva la razón por la cual se debe considerar que todos los gastos escolares no están incluidos en la pensión alimenticia al tratarse de una custodia individual, y no se conoce la razón que ha llevado a calificar de forma distinta unos mismos gastos educativos, primero como ordinarios y después como extraordinarios.

2.2. Dice la sentencia recurrida en este punto: " Florian está cursando segundo de Bachillerato en el Colegio concertado DIRECCION000, abonando por donación a la Fundación, Ampa y cuota mensual unos 166 € al mes. Tiene gastos de 25,90 € al mes de gimnasio, y de seguro médico y dental, además de los ordinarios mencionados.

... La inclusión en la pensión alimenticia fijada de los gastos universitarios, transporte, material escolar, libros, excursiones escolares, etc., hace insuficiente la suma fijada para atender las necesidades del hijo, la que prácticamente difiere poco de la señalada cuando se acordó la custodia compartida. El cuidado y atención cotidianos del hijo supone una contribución valorable de la madre al mantenimiento del hijo. Consecuentemente, debe elevarse la suma estipulada a 350 € mensuales más acorde a las necesidades del hijo y recursos del progenitor. De dicha suma, deben excluirse los gastos universitarios, excursiones escolares y transporte, por considerarse extraordinarios necesarios, del hijo."

2.3. La STS de 23 de marzo de 2018, nº 171/2018, recogiendo doctrina consolidada, explica que la exigencia de motivación de las sentencias responde

<<... al cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control

jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 , 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003 , entre muchas otras).>>.

<<Ahora bien, deben 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 han determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2009 , 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014).>>

En el mismo sentido, STS de 25 de junio de 2014, nº 362/2014.

2.4. En el caso de autos la sentencia impugnada ha argumentado que los gastos educativos son ordinarios, y posteriormente los excluye de la pensión alimenticia al apreciar que son extraordinarios, sin explicar de modo razonado esta caracterización, que es relevante para la decisión adoptada y afecta a los intereses del recurrente.

2.5. La motivación expresada es insuficiente y no satisface el derecho de la parte a obtener una sentencia fundada en derecho. Especialmente cuanto la sentencia dictada en grado de apelación decide estimar el recurso y revocar la de primera instancia, es necesario que exprese las razones por las que estima que la revocada ha incurrido en error de apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho, y esto no se lleva a cabo en el caso presente, particularmente en el punto a que se refiere la parte recurrente, ya que se modifica sin razonar el importe de la cantidad con la que contribuirá el demandado a satisfacer los gastos ordinarios del menor al que afecta la decisión judicial.

2.6. Por ello el motivo ha de ser estimado.

TERCERO. - Segundo motivo de infracción procesal. Contradicción e incongruencia en la motivación de la sentencia.

3.1. Este motivo se sustenta al amparo de la causa 2ª del artículo 469.1, porque, a criterio del recurrente, la sentencia ha infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, sobre contradicción e incongruencia en la motivación de la sentencia y la calificación de los gastos, y por tanto con infracción del artículo 218.2 de la ley procesal civil. En el tercer párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia se afirma que los gastos de educación de Florian son gastos "ordinarios", calificándolos así de forma expresa. Pero después en el párrafo séptimo del mismo Fundamento de Derecho se califican los gastos de educación de "extraordinarios necesarios".

3.2. Entiende el recurrente que la diferencia es sustancial, porque mientras los primeros están incluidos en la pensión alimenticia por tratarse de gastos ordinarios perfectamente previsibles en el curso de los acontecimientos de la vida del menor, los segundos no lo están al ser totalmente excepcionales e imprevistos.

3.3. El motivo debe ser estimado, por las razones ya expresadas al resolver el anterior, toda vez que la sentencia incurre en una argumentación que no se ajusta a las reglas de la lógica, al hacer sobre una misma cuestión razonamientos contradictorios; y esta forma de razonar no explica suficientemente la calificación de estos gastos como extraordinarios.

CUARTO. - Tercer motivo de infracción procesal. Contradicción e incongruencia en la motivación de la sentencia.

4.1. También al amparo de la causa 2ª del artículo 469.1 de la ley procesal se introduce este motivo, que se justifica porque la sentencia ha infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, sobre contradicción e incongruencia interna en la motivación de la sentencia, y por tanto con infracción del artículo 218.2 de la ley procesal civil. Sostiene el recurrente que existe una manifiesta y evidente contradicción argumentativa en la sentencia, visible y evidente en dos cuestiones concretas, que sirven entre sí de apoyo a la decisión judicial final adoptada pero que resultan ser la conclusión de dos argumentos contradictorios entre sí; argumentos ambos que perjudican gravemente los intereses económicos y personales de su representado.

4.2. Como afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, este motivo se solapa con el anterior, en cuanto se refiere a la misma cuestión y aduce el mismo defecto argumentativo. Por las razones anteriormente expuestas debe ser estimado, al igual que los precedentes.

QUINTO. - Cuarto motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

5.1. Al amparo de la causa 4ª del precepto adjetivo ya citado, se interpone el correlativo motivo por infracción procesal porque la sentencia, según el recurrente, ha infringido las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, al vulnerar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, produciendo indefensión, ya que existe un error en la valoración de la prueba documental que incurre en arbitrariedad,



irracionalidad y error manifiesto, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución e infringe lo dispuesto en el artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.2. En el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia impugnada se afirma que " Florian está cursando segundo de Bachillerato en el Colegio concertado DIRECCION000 , abonando por donación a la Fundación, Ampa y cuota mensual unos 166 € al mes. Tiene gastos de 25,90 € al mes de gimnasio y de seguro médico y dental, además de los ordinarios mencionados".

5.3. Sostiene el recurrente que la sentencia incurre en error manifiesto en la valoración de la prueba, por cuanto los gastos de AMPA por importe de 23,50 € (documento 10 de demanda y 14 de Avantius) y de la donación a la DIRECCION000 por importe de 62,50 € (documento 9 de demanda y 13 de Avantius), no son mensuales sino anuales. Ante ello, entiende que consta acreditado en el procedimiento que los gastos ordinarios de educación mensual de Florian ascienden a unos 90 €, como reconocía la sentencia de primera instancia; reparto de gastos que hace la sentencia para los meses a los que se extiende el curso escolar, y no dividido para los doce meses del año.

5.4. El examen de la prueba documental practicada en autos muestra, efectivamente, el error valorativo, pues la existencia de gastos de educación acreditados en una factura anual significa que esa suma ha de ser repartida entre los doce meses del año, para fijar el importe de los gastos educativos. Siendo así, las cantidades que se recogen en la sentencia recurrida no responden a la realidad, siendo más ajustada la que se consideró en la sentencia de primer grado, que había fijado el gasto educativo en unos 90 euros mensuales.

5.5. La estimación de este motivo por infracción procesal tendrá su eficacia jurídica y económica al examinar y resolver los motivos de casación.

SEXTO. -Quinto motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

6.1. Se interpone al amparo de la causa 4ª del artículo 469.1, invocando que la sentencia ha vulnerado las reglas de la valoración de la prueba documental consistente en error en la apreciación de las partidas y rendimientos de ambos litigantes en sus respectivas declaraciones de renta, que desemboca -a criterio del recurrente- en un juicio arbitrario, irrazonable y erróneo en la sentencia dictada y provoca la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva de su representado. Indica que otro de los factores a tener en cuenta para fijar la pensión alimenticia, además de los gastos fijos del beneficiario, es la capacidad económica de los obligados a prestar alimentos. En este caso concreto, los obligados son ambos progenitores.

6.2. Razona el recurrente que consta en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia impugnada que "con respecto a los ingresos regulares del progenitor, en el IRPF del 2018 declaró un rendimiento neto de 40.377,66 € anuales más 423,75 € de rendimiento de capital mobiliario, ello supone unos ingresos mensuales para el demandado de 3.435 € y de 3.097 € para la demandante". Y afirma:

- Si tenemos en cuenta la suma de los rendimientos totales del Sr. Nazario por importe de 40.377,66 € anuales más 423,75 € de rendimiento de capital mobiliario nos resulta un total de 40.801,41 € de ingresos brutos anuales, que suponen una imputación de 3.400,12 € mensuales. Y no de 3.435 € como dice la Sentencia. Así consta en su declaración de renta del ejercicio 2.018 obrante en las anotaciones 37 y 46 de Avantius, y en concreto en los apartados 3 y 41 de la página 4 de su declaración fiscal.

- Y si tenemos en cuenta la suma de los rendimientos totales de la Sra. Marta, plasmados en su declaración de renta del ejercicio 2.018 y que obra incorporada en el expediente judicial como prueba anticipada solicitada a nuestra instancia, aprobada por la providencia de 2 de julio de 2.019 y presentada por la representación procesal de la Sra. Marta junto con su escrito de fecha 10 de julio de 2.019 (en el que también aportaba el contrato de alquiler de otra vivienda de su propiedad por la que percibía 510 € mensuales), nos resulta una suma por todos los conceptos de 45.393,79 €, lo que supone una imputación de rendimientos de 3.782,82 € mensuales. Y no de 3.097 € como erróneamente indica la Sentencia impugnada. Así consta en la pieza de Medidas Coetáneas, donde consta la incorporación de dicha prueba documental, sin referencia a anotación o asiento alguno en el expediente.

6.3. Sin embargo, examinada la prueba obrante en autos no aprecia la Sala la existencia de error notorio en la valoración de la prueba, o arbitrariedad en la decisión acerca del resultado de aquélla.

6.4. En primer lugar, para determinar la renta obtenida por cada uno de los progenitores el criterio más ajustado es el resultante de las respectivas declaraciones de IRPF, salvo que existan otros elementos probatorios que pongan de relieve el error o la exclusión de conceptos en las citadas declaraciones, lo que en el caso de autos no sucede.

6.5. Siendo así, no es procedente -como pretende el recurrente- atribuir a la Sra. Marta unas rentas que incluyen, además de lo declarado, los alquileres por un piso que tiene arrendado, ya que estas ganancias ya



aparecen como rentas de bienes inmuebles en la declaración de IRPF -documento 15-. En cuanto al Sr. Nazario , la diferencia que muestra el recurrente entre los ingresos que atribuye la sentencia recurrida -3.435 euros mensuales- y los que la parte estima - 3.400,12 euros- es escasamente relevante para de ella derivar un error manifiesto, pues solo determinaría una diferencia aproximada de un 1%.

6.6. En este punto, no acreditada la existencia de error notorio en la valoración de la prueba, el motivo se desestima.

SÉPTIMO. - Sexto motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

7.1. Amparado en la causa 4ª del artículo 469.1, afirma el recurrente que la sentencia ha vulnerado las reglas de la valoración de la prueba documental, ya que al partir de unos datos económicos erróneamente apreciados de las declaraciones de renta del ejercicio 2.018 de ambos litigantes, la pensión fijada en la sentencia es producto de un juicio arbitrario, irrazonable y erróneo, lo que provoca la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva de su representado. La falta o error de apreciación real de los rendimientos de cada uno de los progenitores provoca que la pensión alimenticia que deba abonar el padre no haya sido fijada de acuerdo con la capacidad económica real de ambos litigantes; perjudicando en concreto al Sr. Nazario .

7.2. Este motivo se examina conjuntamente con el anterior, en atención a la proximidad en el razonamiento y por tratarse de la misma cuestión, error en la valoración de la prueba para determinar los ingresos de cada parte en el proceso, dato que es determinante para la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia.

7.3. Por los argumentos ya expuesto en el anterior fundamento jurídico, procede la desestimación del motivo.

7.4. Y al haber sido estimado en sus motivos primero a cuarto el recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala ha de resolver conforme dispone la D. F. 16ª.1, regla 7ª, de la LEC: << Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia>>.

OCTAVO. - Primer motivo de casación.

8.1. Se interpone al amparo del artículo 477.1º de la ley procesal civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del artículo 82.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, que dispone que << el Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia>>.

8.2. Sostiene el recurrente que "Cuando las partes firmaron el Pacto de Relaciones Familiares se estableció una custodia compartida alterna entre ambos progenitores y se fijó en 100 € mensuales la contribución de cada uno de los progenitores al sustento de cada uno de sus dos hijos. También se enumeraron una relación de gastos que calificaron todos ellos de extraordinarios, aunque en puridad no lo sean, pero que como conllevaban el pago al 50% entre sí nunca provocó objeción alguna a su calificación jurídica. Al cambiar el sistema de custodia compartida a custodia individual para uno de los hijos, el Pacto en su día firmado ya queda vacío de contenido en cuanto a lo que resulte afectado por la nueva situación. Y es evidente que la custodia individual y la fijación de una pensión alimenticia obliga a que el Juez, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 82.3 del Código citado, estipule cuáles son los gastos ordinarios que quedan incluidos de la pensión alimenticia".

8.3. No ignora la sentencia recurrida el contenido de este precepto, que obliga al juez a tener en cuenta el régimen de custodia establecido, al momento de decidir sobre el pago de los gastos ordinarios de los hijos. Pero yerra al apreciar que los gastos de educación no están incluidos entre los ordinarios, y por tanto se equivoca en el fallo al decidir que la pensión alimenticia de Florian que se fija a cargo del padre, excluye los gastos universitarios, de transporte y excusiones escolares, que deben incluirse en los gastos extraordinarios del hijo.

8.4. Partiendo de que el hijo Florian quedaba bajo la custodia de la madre, ésta tenía que afrontar los gastos de alimentación, vivienda y demás ordinarios que son necesarios para la vida, y a satisfacer esos gastos ha de contribuir el padre. Por ello se estableció una contribución en dinero que el padre habría de satisfacer, no para que con ello se cubriera la totalidad de los gastos del menor, sino como participación que él debería realizar para la total cobertura.

8.5. Los gastos de educación, que en el tiempo en que se interpuso la demanda eran los resultantes de cursar el bachillerato en un centro concertado, deben ser considerados como gastos ordinarios, según tenemos declarado - sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2018, 13 de julio de 2017, 17 de diciembre de 2014, y auto de 30 de diciembre de 2011 -. Lo son así en cuanto contemplan la atención a las necesidades básicas de la persona en formación, como vivienda, vestido y alimentación, sanidad y educación. Respecto de ésta,



los estudios de bachillerato en un centro público o concertado deben considerarse como gastos necesarios, en general, aunque exista la posibilidad alternativa de cursar una formación profesional, sin que en el caso de Florian las partes hayan discrepado sobre la forma en que debía continuar su formación.

8.6. Los gastos extraordinarios son aquellos que exceden de lo común, no tienen una periodicidad prefijada, por cuanto dimanen de acaecimientos de difícil o imposible previsión, y son variables en el tiempo y en su cuantía. Ninguno de esos atributos es predicable de los estudios de bachillerato que cursaba Florian cuando se planteó la demanda y se desarrolló el proceso en las instancias.

8.7. Por todo lo expuesto procede la estimación del motivo. A partir de esta estimación, determinar si la suma fijada en la sentencia se ajusta al principio de proporcionalidad será cuestión examinada al abordar el segundo motivo casacional.

NOVENO. - Segundo motivo de casación.

9.1. Al amparo del artículo 477.1º de la Ley procesal civil, este motivo se presenta por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del principio de proporcionalidad del artículo 82.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y en relación al artículo 146 del Código civil, al no haberse tenido en cuenta la totalidad de los ingresos reales de ambos progenitores, por todos los conceptos, para calcular la capacidad económica de ambos, sino que sólo se tienen en cuenta los del padre, dejando de computar los mobiliarios e inmobiliarios de la madre, lo que influye directamente en la fijación de la pensión alimenticia que debe afrontar el padre y que ha sido incrementada sin justificación alguna.

9.2. El art. 82.2 del CDFFA establece que *<<La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres>>*.

9.3. Para fijar esa contribución es preciso que el tribunal determine cuáles son las necesidades de los hijos, sus recursos propios (si los tuvieren) y los recursos disponibles de los progenitores. En cuanto a estos, la fijación de las obligaciones respectivas ha de hacerse conforme al principio de proporcionalidad.

9.4. Pues bien, acreditado -según hemos razonado en el fundamento relativo a la existencia de infracción procesal- que los gastos educativos -no universitarios en el tiempo en que se interpone la demanda- son gastos ordinarios, que su importe mensual era de unos 90 euros, y que las rentas mensuales de los progenitores aparecen acertadamente recogidas en la fundamentación de la sentencia recurrida, la cantidad que finalmente habrá de satisfacer el padre recurrente será la que estableció la aquélla, en ejercicio de la facultad discrecional de fijarla, pues no concurren razones para considerar más ajustada a derecho una suma inferior.

9.5. Sin embargo, y en este punto la decisión afecta a los intereses del recurrente, esta cantidad servirá para contribuir a satisfacer todos los gastos ordinarios del hijo, incluidos los de su educación, en los términos que aparecían en los hechos fijados en las instancias.

DÉCIMO. - Tercer motivo de casación

10.1. Se interpone al amparo del artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley Procesal civil por cuanto el recurso presenta interés casacional al oponerse a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, respecto de la consideración como ordinarios de los gastos escolares y de educación universitaria que en una custodia individual deben entenderse incluidos en la pensión alimenticia del hijo, no teniendo por tanto la consideración de gastos extraordinarios, como los califica erróneamente la sentencia impugnada.

10.2. Este motivo no puede ser estimado, ya que la existencia de interés casacional constituye una vía de acceso al recurso, pero no es por sí un motivo de casación. Como expresa la STS (Pleno) de 4 de noviembre de 2020,

<<La referencia a la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sirve para justificar el interés casacional, que es una de las vías de acceso al recurso, pero no es motivo del recurso. El verdadero motivo debe estar en el "conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso" (entre otras, sentencias 220/2017, de 4 de abril, 338/2017, de 30 de mayo, y 380/2017, de 14 de junio)>>.

10.3. En todo caso, la estimación de los precedentes en los términos antes expresados conduce a la casación de la sentencia recurrida y, retomando la instancia, decidir sobre las pretensiones articuladas por las partes. A la vista de las circunstancias que concurren en el caso procede confirmar la decisión adoptada en la sentencia recurrida en cuanto a la cuantía de la prestación que el recurrente habrá de satisfacer como pensión para



satisfacer los gastos ordinarios de su hijo Florian , pero con el alcance que se ha explicado en los precedentes fundamentos.

UNDÉCIMO. - Costas

11.1. Dada la complejidad de las cuestiones personales en debate, que ha dado lugar a sentencias de diferente sentido en las instancias, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en aquéllas y en el recurso de casación, de conformidad con la previsión de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

11.2. El depósito para recurrir se rige por la D. A. 15ª de la LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero. - Estimar el recurso por infracción procesal en sus motivos primero a cuarto, y el recurso de casación en sus motivos primero y segundo, interpuestos por la representación procesal de D. Nazario , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 16 de junio de 2020, en el Rollo de Apelación 634/2019, dimanante de los autos de modificación de medidas nº 340/2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, que casamos y anulamos, en cuanto a los siguientes extremos:

La cuantía de la prestación que el recurrente habrá de satisfacer como pensión para satisfacer los gastos ordinarios de su hijo Florian , 350 euros mensuales, incluirá entre esos gastos ordinarios los correspondientes a educación.

Segundo. - Mantener los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Tercero. - No hacer expresa imposición de las costas causadas en las instancias ni en este recurso.

Cuarto. - Decretamos la devolución del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Se hace saber a las partes que contra esta resolución no cabe interponer recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.