



Roj: **STS 1793/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1793**

Id Cendoj: **28079110012016100269**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2016**

Nº de Recurso: **2351/2015**

Nº de Resolución: **277/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1416/2015,**
STS 1793/2016

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos de hijo menor n.º 1650/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Macarena , representada ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, siendo parte recurrida don Leoncio representado por el procurador de los Tribunales don Ignacio Argos Linares. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Por la representación procesal de doña Macarena , se presentó demanda de juicio verbal contencioso para el establecimiento de relaciones paterno-filiales y reclamación de alimentos a favor de los hijos menores de edad contra don Leoncio , y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que:

«... dicte en su día Sentencia por la que estimando la presente demanda se acuerde:

»1º.- Se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores de edad a la madre, siendo el ejercicio de la patria potestad compartido por ambos progenitores.

»2º.- Se reconozca a favor de D. Leoncio un derecho de visitas de sus hijos Nicanor y Pura , confirmándose el que fue establecido en el auto de Medidas Previas.

»3º.- El establecimiento de una pensión de alimentos en favor de los menores de MIL SETENTA EUROS (1.070 €.-) mensuales a favor de cada uno de ellos, esto es DOS MIL CIENTO CUARENTA EUROS (2.140€) mensuales en total, a cargo del demandado D. Leoncio , sin perjuicio de que los datos que puedan conocerse durante el procedimiento y, en atención al interés público inherente a la petición, se estime fijar una cuantía superior en beneficio de los menores.

»La cuantía que finalmente se establezca habrá de hacerse efectiva a mi mandante en la cuenta corriente que éste designe, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que habrá de ser actualizada anualmente, según las variaciones anuales del IPC según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya a fecha 1 de enero de cada año.



»4º.- Los gastos extraordinarios de los hijos serán abonados por ambos progenitores en una proporción de 20% mi mandante y 80% el demandado, en atención a la precaria situación económica de Dña. Macarena , dado que actualmente carece de empleo y, dado el tiempo que lleva sin trabajar y su edad es evidente que le va a resultar difícil conseguir un empleo. Será requisito previo necesario la conformidad de ambos progenitores con el gasto extraordinario, y en caso de desacuerdo la previa autorización judicial

»5º.- El uso y disfrute de la vivienda, junto con el ajuar doméstico, deberá ser atribuido a mi mandante junto con los dos hijos, por representar el interés mas necesitado de protección.

»6º.- Se reconozca el derecho de mi mandante a viajar fuera de España a su país natal con los dos hijos menores, por motivo de las vacaciones o por necesidad (tal como podría ser por enfermedad de un familiar directo), las veces que sea necesario a lo largo del año.

»7º.- Expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que se acuerde:

«1º Patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2º Custodia de forma conjunta y compartida por ambos progenitores respecto de sus hijos menores. y subsidiariamente para el caso de que se desestimara ésta la custodia a favor del padre, con un régimen amplio de visitas a favor de la madre.

»a) Se ejercerá por semanas alternas desde la finalización de las clases lectivas del lunes (es decir, desde las 17:20 horas en el presente curso académico) hasta el inicio de las clases lectivas del lunes siguiente, cuando se reintegrará al centro escolar (es decir, a las 9:00 horas en el presente curso académico), siendo recogido de citado centro por el progenitor con quien empiece el régimen de estancia. Durante el periodo vacacional de los menores la recogida y entrega se harán en los domicilios de los progenitores. Dividiendo por mitad los periodos vacacionales, por quincenas.

»3º La obligación de cada progenitor de contribuir a los gastos ordinarios que actualmente los hijos generan en la cantidad de 200 euros mensuales por cada uno de ellos, a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en una cuenta bancaria que expresamente se aperture bajo su titularidad y con representación de ambos progenitores, gozando de un régimen de disposición mancomunado, donde serán domiciliados todos los escolares. Esta cantidad resultará actualizada anualmente conforme al IPC.

»Sufragando los gastos de alimentación y vivienda, vestido, el progenitor con quien en cada momento se encuentren.

»4º La obligación de cada progenitor de contribuir al 50% de los gastos extraordinarios que los hijos comunes generen y se consideren necesarios, aplicándose el protocolo dispuesto en la legislación vigente, salvo acuerdo al respecto.

»5º Atribución de la vivienda y ajuar doméstico a favor del padre, y subsidiariamente para el caso de que se desestimara se le atribuya a la madre únicamente por un periodo de 6 meses con una compensación a favor del padre de 600 euros.»

3.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.

4.- La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Alicante, dictó sentencia con fecha uno de diciembre de dos mil catorce , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente la demanda planteada por la procuradora Sra. Fuentes Tomás en nombre y representación de Dª Macarena frente a D. Leoncio debo adoptar y adopto en interés de sus dos hijos comunes las siguientes medidas:

»1. El ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental sobre los hijos menores de la pareja será conjunto por ambos progenitores, si bien quedarán bajo la guarda y custodia o convivirán individualmente con su madre Dª Macarena . Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo.

»El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social



y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o contratación de actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento de los menores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión (bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones) así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontraran los menores en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al extranjero (salvo viajes vacacionales) siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/ o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente.

»La guarda y custodia exclusiva o convivencia individual ostentada por la madre custodia o conviviente comporta estar en compañía y al cuidado de los menores en la atención diaria e incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias, actividades en el tiempo de ocio de los menores (asistencia a fiestas de cumpleaños, dormir una noche en casa de un amigo, ir al cine etc) siempre y cuando no impliquen una actividad de riesgo (como por ejemplo un deporte de riesgo como el alpinismo) y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas o relaciones con el progenitor no custodio o conviviente, resolver las cuestiones relativas a la ropa que han de utilizar para vestirse, almuerzo que se preparan para el colegio, comidas en el propio domicilio, asistencia a excursiones previstas durante la jornada escolar etc.

»El progenitor que se encuentre en compañía de sus hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia vital o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con unos menores pueden producirse.

»Ambos progenitores tienen el deber de informarse, mutuamente, de todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía de los menores en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad) lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan de los menores tienen la obligación de suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre sus hijos por ser ambos titulares de la patria potestad. Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en su poder de estos últimos sobre la evolución escolar y académica de sus hijos y su estado de salud físico y psíquico.

»De esta forma, el centro escolar ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de posibles reuniones con tutores, participación en fiestas o festivales escolares, boletines de notas, calificaciones o evaluación, sanciones o absentismo escolar e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores y servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Asimismo, el centro de salud o médico de cabecera de los menores ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de la historia clínica de los menores, proporcionar dos copias de los informes, diagnóstico de enfermedades, ingresos hospitalarios, tratamientos prescritos y cualesquiera otras circunstancias relativas a la salud de los menores.

»Los menores podrán estar presentes en acontecimientos familiares, tales como bautizos, bodas, comuniones, etc., tanto de la familia materna como paterna, debiendo ambos progenitores comunicárselo mutuamente con la debida antelación, y facilitar la asistencia de los niños a tales actos.

»En el supuesto de que exista discrepancia entre los progenitores sobre con cuál de ellos ha de disfrutar el día de su primera comunión o confirmación, lo será con el progenitor al que corresponda la convivencia en ese concreto día y sin perjuicio de que ambos progenitores tiene legítimo derecho a acudir al acto religioso que se celebra al efecto.

»Para el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio conjunto de la patria potestad, los menores deberán ser entregados por un progenitor al otro acompañados de su documentación



personal (D.N.I./N.I.E. o pasaporte, en el caso de salida al extranjero) y sanitaria (tarjeta sanitaria) o tener un duplicado o copia en cada domicilio(pudiendo solicitarlo cualquiera de los progenitores a la Consellería de Sanidad) , así como de la medicación que tuviese que serle suministrada e instrucciones necesarias para ello.

»Por último es conveniente aclarar que la custodia o convivencia, ya sea compartida o encomendada a uno de los progenitores de manera individual, no autoriza en modo alguno a modificar la residencia de los hijos sin tener en cuenta sus intereses, sin contar con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o sin obtener, en su caso, la autorización judicial correspondiente pues si los padres pueden cambiar libremente de residencia, ello no supone el derecho a modificar sin más la de los hijos cuando puede ser conservada mediante el cambio de custodia.

»Los menores cursarán sus estudios en centros públicos, concertados o privados según acuerden ambos progenitores hasta que finalice su etapa de enseñanza obligatoria o bachillerato. Si por las circunstancias del centro escolar o de los menores fuera necesario o aconsejable cambiar de centro, los progenitores deberán adoptar esta medida de mutuo acuerdo o en caso de no alcanzarse el mismo, decidirá la autoridad judicial a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

»Cada progenitor deberá comunicar al otro con una antelación mínima de 20 días su intención de cambiar de domicilio en la misma población o de 60 días si es en otra población. Si dicho cambio de domicilio de un progenitor deviene incompatible con el régimen de estancias del otro progenitor con sus hijos, ambas partes de común acuerdo deberán revisar el régimen de relaciones y visitas para alcanzar otro sistema que salvaguarde la relación de los menores con cada progenitor, considerando el interés superior de los hijos Y todo ello sin perjuicio de solicitar el progenitor que lo estime necesario la oportuna modificación de medidas a través del trámite procesal oportuno.

»Cada progenitor podrá viajar con los hijos durante el tiempo en que estén en su compañía, comunicándolo con quince días de antelación al otro progenitor - salvo en caso de urgencia -, e informando del lugar al que se viaja, teléfonos de contacto, fecha de viaje de ida y del retorno, así como del medio de transporte empleado.

»2.- Sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores en aras al desarrollo de un régimen de visitas o relaciones amplio y flexible, el régimen de visitas, comunicaciones o relaciones mínimo establecido a favor del progenitor no custodio o conviviente Sr. Leoncio con sus hijos menores consistirá en:

»- fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes donde los recogerá hasta el lunes por la mañana en que los reintegrará al centro escolar.

»- dos tardes intersemanales que, en defecto de acuerdo serán la de los martes y jueves desde la salida del colegio donde los recogerá(o caso de ser festivo, desde las 17 horas en el domicilio materno) hasta las 20 horas en que los reintegrará al domicilio materno.

»El lugar de entrega y recogida será el domicilio familiar, salvo cuando la entrega o recogida se efectúe en el centro escolar en que cursen sus estudios los menores. Ambos progenitores deberán comunicarse fehacientemente cualquier cambio de domicilio a fin de que pueda desarrollarse de una forma adecuada la relación de ambos padres con los menores y el cumplimiento del régimen de visitas y el resto de los derechos y las obligaciones derivadas de la patria potestad.

»El régimen de visitas o relaciones previsto a favor del progenitor no custodio o no conviviente ha de ser compatible, en su caso, con las actividades extraescolares que realicen los menores, de manera que el progenitor no custodio se hará cargo de acompañarlos y de su asistencia a dicha actividad y sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo, puedan, adaptar tales actividades al régimen de visitas señalado.

»Los menores habrán de realizar mientras permanezcan en compañía del progenitor no custodio, sus tareas y deberes escolares (ya sea en fines de semana, tarde intersemanal o periodos vacacionales).

»Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a éste por un 'puente ', reconocido por el centro escolar donde cursen sus estudios los menores, se considerará agregado al fin de semana, y, en consecuencia, procederá la estancia de los menores con el progenitor al que corresponda dicho fin de semana. Los días festivos intersemanales no constitutivos de puente se alternarán por mitad entre ambos progenitores correspondiendo a la madre el primer día festivo a partir de la presente y así sucesiva y alternativamente, estableciéndose a efectos de constancia y conocimiento, tanto para los progenitores como para el hijo, el calendario anual de festividades intersemanales a principios de cada anualidad.

»Igualmente, los menores deberán pasar el Día de la madre y cumpleaños de la madre, junto con la misma, y el día del padre y cumpleaños del padre, junto con el mismo siempre que en ambos casos no se trate de días laborables. Cuando les corresponda estar en compañía del padre los recogerá a las 10 horas y los reintegrará al domicilio materno a las 20 horas.



- »El día del cumpleaños de los menores, el progenitor que no tenga consigo sus hijos podrá estar con ellos por la tarde una hora entre las 18.00 horas y las 20 horas, respetando la celebración que pudiera efectuarse.
- »El régimen de estancias y comunicación de los hijos con el progenitor -padre o madre- podrá quedar en suspenso en caso de enfermedad o indisposición de los hijos (no un simple resfriado sino más grave) , en cuyo caso los progenitores procurarán acordar un sistema alternativo apto para poder facilitar el contacto (por ejemplo, mediante la oportuna compensación del tiempo no disfrutado por el progenitor al que correspondía la estancia con los hijos). En la medida de lo posible, en estos casos, el progenitor que tenga a los menores en su compañía deberá justificar ante el otro con el oportuno certificado médico la enfermedad que ha impedido el disfrute del régimen de estancias con los mismos.
- »Cada uno de los progenitores podrá comunicarse todos los días telefónicamente o por Internet, videoconferencia, Messenger, skype, whatsapp, line o nuevas tecnologías que faciliten la comunicación a distancia con sus hijos cuando éstos estén con uno de ellos siempre que no entorpezca su rutina ordinaria de comidas, descanso y estudio, respetando siempre el horario de descanso de los hijos, del otro progenitor y del resto de la familia que con ellos conviva, así como el tiempo necesario para la realización de deberes escolares por los mismos.
- »Ambos progenitores no interferirán durante los periodos de estancia de los hijos con cada uno de ellos con llamadas telefónicas reiteradas e intempestivas, mensajes de texto, correos electrónicos etc. excepto aquellas comunicaciones que sean absolutamente necesarias o urgentes.
- »Los periodos vacacionales a fin de su reparto se entiende que comienzan el día siguiente al último día lectivo y finalizan el día anterior al comienzo de las actividades escolares. Concluido el periodo vacacional, el siguiente fin de semana le corresponderá al progenitor que no haya tenido a los menores el último periodo vacacional y así de forma sucesiva y alterna.
- »- Durante las vacaciones de Navidad el período vacacional se dividirá en dos subperiodos: desde las 11 horas del día siguiente a la finalización del colegio hasta las 18 horas del 30 de diciembre y desde las 18 horas del 30 de diciembre a las 20 horas del día inmediatamente anterior al inicio de las actividades escolares, comenzando la madre por disfrutar el primer subperíodo durante las Navidades de los años pares y el padre el segundo y así alternativamente con los años impares.
- »- En cuanto a las vacaciones de verano, se entenderá dividido dicho lapso temporal vacacional en dos periodos mensuales, permaneciendo los menores con la madre el mes de julio en los años pares y el mes de agosto en los impares y con el padre el mes de agosto en los años pares y el de julio en los impares.
- »Y respecto a las vacaciones de Semana Santa, durante los años pares tendrá a los hijos la madre durante la primera mitad: desde las 11 horas del día siguiente a la finalización del colegio (normalmente jueves santo) hasta las 18 horas del martes siguiente y la segunda(desde las 18 horas de dicho martes a las 20 horas del día inmediatamente anterior al inicio de las clases) al padre y viceversa durante los impares.
- »En el supuesto de que los menores disfruten de la "Semana Blanca" en el colegio y no realicen ninguna actividad con el centro escolar, pasarán la misma un año con cada uno de los progenitores, asimismo de forma alternativa, correspondiendo, en caso de desacuerdo, a la madre en los años pares y al padre en los años impares.
- »En caso de enfermedad de los menores o síntomas que de ello se adviertan, los mismos deberán ser puestos en conocimiento del otro progenitor con la inmediatez que el caso permita y el progenitor que no se encuentre en su compañía podrá visitarlos en el domicilio del otro(no en el supuesto de un simple resfriado o gripe sino una enfermedad más grave) , avisando con la debida antelación y preservando la intimidad de este progenitor e igualmente en caso de ingreso hospitalario podrá visitar a los menores donde se encuentren sin ninguna limitación de tiempo y con las únicas restricciones que determinen su estado o lugar de permanencia. Cada uno de los progenitores, podrá contactar telefónicamente todos los días con los menores, informando cada progenitor al otro del número de teléfono y lugar en que los pueda localizar durante los periodos vacacionales y procurando en caso contrario el contacto telefónico con el otro progenitor mediante la oportuna llamada.
- »3.- D. Leoncio abonará a D^a Macarena 1.000 euros mensuales en concepto de gastos ordinarios a favor de sus hijos menores a partir del mes de diciembre de 2014 inclusive. Tal cantidad será abonada por anticipado dentro de los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que al efecto se designe por la beneficiaria, y actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo con el expreso apercibimiento de que, en caso de impago, se podrá hacer efectivo su pago directamente por la vía de apremio, sin perjuicio de la posibilidad de incurrir en el delito previsto en el artículo 227 del Código Penal . La actualización se producirá sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación. En la primera revisión se tomará como base de



cálculo la cantidad antes citada, operando las restantes sobre el importe que se viniera satisfaciendo en el momento de practicarlas.

»4.- Cada uno de los progenitores habrá de hacerse cargo del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza de los menores. A los efectos de evitar futuras discrepancias entre los progenitores, ha de indicarse que: La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas ordinarias y normales de los hijos señaladas en el art. 142 C.C., en relación con el art. 154 C.C., es decir, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido o ropa, asistencia médica, educación (incluidos los universitarios en centros públicos) e instrucción (libros y material escolar) y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al status familiar, teléfono e Internet, actividades educativas consistentes en una simple excursión escolar o actividad análoga de unas horas de duración y coste proporcionado a ella. Así, a título de ejemplo, son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los correspondientes a vestido, ocio ordinario, los uniformes, libros y material escolar o docente no subvencionado, matrícula, seguro escolar, ampa, aula matinal, cuota de apa, aportación voluntaria en colegios concertados, comedor escolar, transporte escolar, recibos emitidos por el centro escolar, excursiones escolares de una jornada de duración, teléfono móvil y acceso a internet de los menores, gastos médicos y farmacéuticos habituales por enfermedades comunes y cubiertos por la seguridad social, etc.

»Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, son eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable, razón por la cual no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones. Ello no significa que haya de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, vacunas, asistencia de terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que sean accesorios (operaciones quirúrgicas en centros privados aunque estén cubiertas por la Seguridad Social, etc.), o simplemente complementarios (viajes de estudios en España o al extranjero, campamentos o cursos de verano, clases de refuerzo recomendadas por el centro escolar, clases particulares ya sean deportivas, culturales, formativas o de otra naturaleza, etc)

»Son gastos extraordinarios de carácter educativo las clases particulares de apoyo o refuerzo escolar motivadas por un deficiente rendimiento escolar. Son gastos extraordinarios de carácter sanitario los adontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia, prótesis dentarias, aparatos correctores como los brakets, colocación de piezas dentales nuevas, servicios o tratamientos dentales de cualquier clase, raspajes, curetajes, empastes, endodoncias, desvitalización, colocación de fundas, implantes), terapias de logopedia, psicólogo, prótesis o aparatos ortopédicos (plantillas, ayudadores, andadores, corsés, sillas de ruedas etc), fisioterapia, rehabilitación incluida la natación con prescripción facultativa, prótesis ópticas (monturas y cristales de gafas, lentillas y renovación o reposición de unas u otras por variación de graduación, rotura, sustracción o pérdida), gastos de facturación no básicos y medicamento prescritos, y en general los no cubiertos por el sistema de sanidad pública. Las intervenciones de miopía u otros defectos en la visión, al igual que las de cirugía estética reparadora, se considerarán gastos médicos necesarios no urgentes cuando su realización sea recomendada por un facultativo especialista. Las operaciones quirúrgicas de cirugía estética, que no sean necesarias por no tratarse de cirugía estética reparadora, sólo serán abonadas por ambos progenitores si son decididas de mutuo acuerdo, o, en su defecto, autorizadas por el juez.

»También tienen la consideración de extraordinarios por su carácter no usual, de una parte, las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, música, informática, baile, cursos de verano y campamentos, y, de otra parte, los viajes al extranjero, las fiestas de cumpleaños u onomásticas, y otras celebraciones necesarias de los niños como la Primera Comunión así como los gastos de Colegio/Universidad privados, Máster o curso post-grado y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares.

»Se consideran gastos extraordinarios los de obtención del carnet o permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores, tasas y clases precisas para ello y los gastos a satisfacer para la expedición de títulos y grados académicos. Es un gasto extraordinario el traje de bautizo y comunión del menor.

»No obstante la obligación de ambos progenitores de contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios, será presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica y acompañando la documentación precisa. La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito. Expresamente se debe contar con consentimiento previo o autorización judicial proporcionada a la capacidad económica de la familia para que deban ser sufragados por mitad los cursos en el extranjero o en otra localidad distinta al domicilio del hijo o el coste de universidades privadas.



»Con relación a las clases particulares y cursos de idiomas en el extranjero, la Sección 4ª Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en auto de 30-9-10 expone que para que sea exigible la contribución es preciso acreditar la necesidad de las clases en función del rendimiento escolar (autos de 11-7-07 y 29-1-09). En cuanto a los cursos en el extranjero, la misma Sala tiene declarado que es dudoso que las estancias individuales y voluntarias en el extranjero para perfeccionar el conocimiento de idiomas puedan merecer la consideración de gasto extraordinario de contribución obligatoria puesto que, aún teniendo en cuenta que se trata de una actividad formativa complementaria y cada vez más conveniente no puede reputarse siempre de estricta necesidad y también ha de ponderarse su coste normalmente elevado en relación con la situación económica de los interesados, de manera que para considerarlos como gastos extraordinarios ha de estarse a la posible existencia de indicaciones de que ambos cónyuges o progenitores hayan consentido no sólo en la realización del curso sino en su contribución, y también a la valoración de su situación económica, de la que podrán resultar elementos para que la negativa de uno de ellos a contribuir pueda considerarse injustificada (autos de 11-7-07 y 28-2-08).

»Por lo que se refiere a viajes de estudios realizados al final del curso o de un determinado periodo de escolarización, hay obligación de contribuir por mitad, siempre que su coste sea moderado y que se trate de los viajes realizados por todos o la mayor parte de los alumnos y organizados por el propio centro escolar, asociaciones de padres, etc, pudiendo en función de las circunstancias merecer el mismo tratamiento los campamentos de verano organizados de manera análoga y excluyéndose en cambio las actividades puramente voluntarias y recreativas(autos de 15 de junio y 29 de noviembre de 2006).

»En todo caso, la reclamación por vía de ejecución de gastos extraordinarios no expresamente previstos en la presente resolución habrá de verificarse por el progenitor que lo interese a través del procedimiento previsto en el artículo 776.4 LEC .

»5.- Se atribuye el uso del que constituyó domicilio familiar a favor del Sr. Leoncio haciéndose cargo en exclusiva de los gastos inherentes a su uso y propiedad.

»6.- El Sr. Leoncio habrá de abonar a la Sra. Macarena 500 euros mensuales en la cuenta que por la beneficiaria se designe al efecto en concepto de arrendamiento de una vivienda para la morada de sus hijos menores a partir del mes de diciembre de 2014 inclusive y durante el plazo máximo de 4 años, haciéndose cargo la Sra. Macarena del abono de los gastos de mantenimiento de la misma.

»No ha lugar a imponer las costas procesales a ninguna de las partes.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la Dª Macarena y sustanciada la alzada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 26 de mayo de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que DESESTIMANDO como DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Alicante, de fecha 1 de diciembre de 2014 , DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución permaneciendo inalterables sus restantes pronunciamientos, con imposición de las costas procesales de estas alzada a la parte apelante.»

TERCERO.- La procuradora doña Pilar Fuentes Tomás, en nombre y representación de doña Macarena , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, por interés casacional, fundado el primero en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por infracción de los artículos 218.2 LEC y 120.3 CE , por falta de motivación en cuanto a la fijación de la pensión alimenticia para los hijos.

2.- Al amparo del artículo 469.1. 4º LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE .

3.- Al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , por infracción de los artículos 270 , 460.3 y 752 LEC en relación con el 24 CE , por denegación de pruebas.

Por su parte el recurso de casación se fundamenta como único motivo en la vulneración del artículo 96 CC y de la doctrina de esta Sala sobre la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 25 de noviembre de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos y dar traslado de los mismos a la parte recurrida, don Leoncio , que se opuso a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Ignacio Argos Linares, mientras que el Ministerio Fiscal apoyó la estimación de ambos recursos.



QUINTO.- No habiendo solicitado todas las partes la celebración de vista y no considerándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo el día 12 de abril de 2016, fecha en la que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Macarena formuló demanda, en fecha 22 de septiembre de 2014, contra don Leoncio para el establecimiento de medidas en relación con los hijos comunes, Nicanor y Pura, de 8 y 6 años en tal fecha, que habían nacido de la relación de pareja mantenida entre ambos durante quince años.

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda y el Ministerio Fiscal manifestó quedar al resultado de la prueba que se practicara.

Seguido el proceso, la sentencia de primera instancia adoptó como medidas: 1.- El ejercicio de la patria potestad conjunta de ambos progenitores, si bien quedan los hijos bajo la guarda y custodia de su madre; 2.- Se fija un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, sin perjuicio de los acuerdos que se pudieran alcanzar en aras al desarrollo de un régimen más flexible; 3.- Se fija como cantidad que el demandado abonará a la demandante en concepto de gastos ordinarios a favor de sus hijos menores la de 1.000 euros mensuales; 4.- Cada progenitor se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza; 5.- Se atribuye el uso del domicilio familiar al Sr. Leoncio, haciéndose cargo en exclusiva de los gastos correspondientes; 6.- El Sr. Leoncio abonará a la Sra. Macarena la cantidad de 500 euros mensuales, durante el plazo máximo de cuatro años, para satisfacer el precio del arrendamiento de una vivienda donde vivirá con los hijos.

La demandante interpuso recurso de apelación y la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó el recurso y confirmó en todos sus extremos la sentencia de primera instancia.

Frente a la referida sentencia se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por la representación de la demandante.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El orden lógico en el estudio del presente recurso impone abordar en primer lugar el tercero de los motivos ya que es el único que se ampara en el artículo 469.1.3º (infracción de normas que rigen los actos y garantías del proceso) cuya estimación, por aplicación conjunta de la Disposición Final Decimosexta LEC y artículo 476.2, párrafo último, daría lugar a la anulación de la sentencia y devolución de los autos al órgano "a quo" a fin de que practicara la prueba omitida y resolviera teniendo en cuenta su resultado.

Efectivamente la parte recurrente intentó justificar documentalmente ante la Audiencia que el importe del alquiler mensual que estaba abonando ascendía a 700 € y dicha prueba no fue admitida, al ser considerada innecesaria.

No obstante, no se deriva de tal inadmisión la indefensión que requiere el artículo 469.1.3º LEC. La sentencia impugnada no niega que la demandante tenga arrendada una vivienda por importe de 700 € mensuales, como se desprende de lo razonado en el fundamento de derecho primero, párrafo último, de su sentencia; lo que sucede es que -acertadamente o no- considera dicho dato irrelevante, ya que estima como cantidad procedente para gozar de una vivienda adecuada la de 500 € mensuales, con independencia de que la demandante haya contratado el arrendamiento por un precio superior, por lo que -implícitamente- acepta el tribunal como hecho el pago de una renta superior.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El primero de los motivos por infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.2º LEC y denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC y del 120.3 CE por falta de motivación de la sentencia en cuanto a la fijación de la pensión de alimentos para los hijos.

La falta de motivación se concreta en que no se da explicación al hecho de que los hijos tenidos con la demandante hayan de percibir en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 500 € mensuales cada uno mientras que sus hermanos mayores, nacidos del matrimonio anterior del demandado, perciban cada uno la cantidad de 1.070 € mensuales.

El motivo ha de ser desestimado ya que la sentencia impugnada justifica la diferencia de pensión alimenticia en que son distintas las necesidades de unos y otros, y precisamente es a esas necesidades a las que hay que atender en el momento de fijar su cuantía.

La sentencia de esta Sala núm. 577/2011, de 20 julio, citando las núm. 283/2008, 5 abril 2006, 16 abril, 13 julio y 18 septiembre 2007, afirma que



«cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva. Ello porque, como resulta evidente, el requisito de la motivación no es de carácter formal, sino material, de modo que lo exigido es que la parte que se ve perjudicada por un determinado pronunciamiento judicial conozca cuál es la razón de que el tribunal se pronuncie de ese modo, con independencia, incluso, de que tales razones o fundamentos sean acertados y, por supuesto, de que puedan ser compartidos por la parte; ya que, fuera de los supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad -que equivaldrían a una falta de cumplimiento del requisito- la motivación desacertada habrá de ser combatida a través de los oportunos motivos de casación puesto que la propia posibilidad de calificación sobre su desacierto pone de manifiesto que la motivación existió...».

En este caso se han dado las razones tenidas en cuenta para resolver y si la parte entiende que se ha producido una vulneración del principio de igualdad de los hijos (artículo 39.2 CE), ello no constituiría una infracción procesal sino de fondo, únicamente denunciabile por vía del recurso de casación.

El segundo motivo plantea la misma cuestión. Se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC y denuncia la infracción de los artículos 39.3 , 14 y 24 CE , por el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad.

Entiende la parte recurrente que la fijación de pensiones diferentes para unos y otros hijos conlleva la infracción del principio de igualdad pues todos los hijos son iguales ante la ley y no se explica por qué los hijos mayores del demandado -hijos matrimoniales- reciben una pensión de 1.070 € cada uno de ellos y los hijos menores la reciben de 500 €, lo que lleva a una discriminación injustificable pues, según entiende la parte recurrente, son los menores los que más necesidades tienen.

Resulta necesario reiterar lo ya argumentado en el sentido de que no se plantea una cuestión procesal, sino sustantiva propia del recurso de casación, por lo que también este motivo ha de ser rechazado.

Recurso de casación

CUARTO.- El recurso de casación se formula por un solo motivo que denuncia la infracción del artículo 96 CC , y la jurisprudencia de la Sala que se recoge en las sentencias de 1 de abril de 2011 y 30 de septiembre de 2011 , al señalar que el artículo 96 CC protege el interés de los menores en la atribución del uso de la vivienda familiar.

El artículo 96 CC , en su párrafo primero, es claro al fijar que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos en cuyo interés se establece y así lo ha reiterado esta Sala en las sentencias que se citan y en otras muchas, si bien ello tendrá lugar «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez».

En el caso presente la sentencia de primera instancia atribuyó al padre el uso de la vivienda familiar -de su propiedad- dado su manifiesto interés en proceder a la venta y la Audiencia, al resolver el recurso de apelación, confirmó dicho pronunciamiento aludiendo a que la madre -a la que se atribuyó la guarda y custodia- lo consintió a condición de que el padre abonara el precio del arrendamiento de otra vivienda.

Efectivamente se tiene por acreditado el acuerdo de los cónyuges y se constata que el mismo no resulta perjudicial para los hijos menores, pero a continuación se resuelve asignando una cantidad mensual de 500 euros para arrendamiento de vivienda - cuando se ha tenido por cierto que la madre paga una renta mensual de 700 euros- y se limita dicha asignación a un período de cuatro años, de modo que el padre podría desentenderse de la necesidad de vivienda de sus hijos, incluso durante su minoría de edad, una vez que transcurra el período fijado.

En consecuencia el recurso ha de ser estimado a efectos de fijar en 700 euros la cantidad mensual que el padre ha de satisfacer en concepto de arrendamiento de vivienda para los hijos y la madre, con la que conviven, y ello hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad, como esta Sala ha establecido para el caso de atribución de uso de la vivienda familiar en sentencias, entre otras, de 29 mayo 2015 (Rec.66/2014) , 17 junio 2015 (Rec. 1162/2014) y 28 octubre 2015 (Rec. 2802/2014) .

QUINTO.- Procede por ello la desestimación del recurso por infracción procesal y la estimación del de casación, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el primero sin especial declaración respecto de las del segundo (artículos 394 y 398 LEC), con el consiguiente pronunciamiento sobre los depósitos constituidos.

FALLO

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



1.º.- Desestimar el recurso por infracción procesal formulado por la representación procesal de doña Macarena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 6ª) de 26 de mayo de 2015 en Rollo de Apelación nº 225/2015, dimanante de autos de juicio verbal nº 1650/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de dicha ciudad, seguidos a instancia de la hoy recurrente contra don Leoncio. 2.º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma contra la referida sentencia, la cual casamos parcialmente a efectos de fijar como obligación de don Leoncio el abono de la cantidad mensual de 700 euros para satisfacer la renta correspondiente al arrendamiento de la vivienda que ocupan sus hijos junto con su madre; obligación que se fija, por ahora, hasta que el menor de los hijos llegue a la mayoría de edad. 3.º.- Confirmar la sentencia recurrida en cuanto a los demás pronunciamientos que contiene. 4.º.- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por su recurso por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para su interposición. 5.º.- No hacer especial pronunciamiento de condena respecto de las costas causadas por el recurso de casación, devolviéndose a la recurrente el depósito constituido para su interposición.

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CENDO