

Roj: **STS 850/2017 - ECLI:ES:TS:2017:850**Id Cendoj: **28079110012017100151**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/03/2017**Nº de Recurso: **2826/2016**Nº de Resolución: **161/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio por modificación de medidas definitivas n.º 247/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Valencia; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Victorio , representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Adela Gilsanz Madroño; siendo parte recurrida doña Paloma , representada por el procurador de los Tribunales don Raúl Martínez Ostenero. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La representación procesal de don Victorio , interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Paloma , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1º.- La atribución del ejercicio de la patria potestad de los menores a ambos progenitores

»2º.- La atribución a la Sra. Paloma de la guarda y custodia de los hijos menores

»Fijando el régimen de visitas a favor del padre:

»1.- Fines de semanas alternos, desde la salida del centro escolar donde los recogerá el padre hasta las 20,00h del domingo, debiendo ser recogidos por la madre en el domicilio paterno.

»Visita intersemanal, todos los miércoles el padre disfrutará de la compañía de sus hijos, desde la salida del centro escolar donde los recogerá el padre hasta las 20,00h que los recogerá la madre del domicilio paterno.

»2.- La mitad de la totalidad de las vacaciones escolares, eligiendo el periodo en caso de discrepancia, el padre los años impares y la madre los años pares. Recogiendo a los menores el progenitor que empieza la estancia con los menores, en el domicilio del padre o la madre según corresponda.

»Respecto a los días festivos intersemanales serán disfrutados por ambos progenitores al cincuenta por ciento, respetando que aquellos que formen puente al unirse a fines de semana, se unirán al mismo disfrutándolo el progenitor con quien estén los menores en ese fin de semana.

»3º.- Por lo que se refiere a la pensión alimenticia a cargo de los progenitores en beneficio de sus hijos, se fijará la cuantía de ciento cincuenta euros (150?) mensuales, por cada menor.

»Sufragando cada progenitor en proporción a los ingresos que tengan, los gastos médicos no incluidos en la seguridad social, así como las actividades extraescolares puesto que los mismos serán acordados por ambos padres.



»4º.- Expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda.»

1.2.- 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:

«...dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la referida Demanda, con expresa condena en costas al Srl. Victorio .»

1.3.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Valencia , dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Victorio contra D^a. Paloma , en materia de modificación de medidas definitivas, procede modificar las aprobadas por sentencia de este Juzgado de fecha 19-1-2012 en los siguientes puntos:

»Fijar en 225 euros mensuales, por cada uno de sus hijos, la cantidad total que debe abonar el demandado en concepto de pensión de alimentos , con efectos desde la fecha de esta resolución, manteniendo el resto de medidas establecidas en la sentencia, incluidas las de forma de pago y revalorización de la pensión.

»No ha lugar a verificar especial imposición de las costas procesales causadas.»

SEGUNDO.1.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 9 de junio de 2016 , cuyo Fallo es como sigue:

«1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 26 de Valencia el día 4 de noviembre de 2015, y estimar parcialmente la impugnación planteada por la demandada.

»2º) Revocar la citada sentencia para declarar que el actor debe pagar la suma de 530 euros al mes en concepto de contribución a los gastos ordinarios de los hijos (265 euros mensuales para cada uno de ellos), cantidad que se actualizará de acuerdo con las variaciones del Índice de Precios al Consumo.

»3º) Confirmar la sentencia en todo lo demás.

»4º) No hacer expresas imposición de las costas de la alzada.

»En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su pérdida.»

2.2.- En fecha 27 de junio de 2016, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Aclarar la sentencia dictada en el sentido que se desprende del fundamento de derecho de este auto.»

TERCERO.- El procurador don Alberto Mallea Catalá, en nombre y representación de don Victorio interpuso recurso de casación que contiene un solo motivo por infracción del artículo 154.2 CC alegando la existencia de interés casacional por vulneración de la doctrina de esta sala y contradicción entre la sostenida por audiencias provinciales.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 16 de noviembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación doña Paloma , representada por el procurador don Raúl Martínez Ostenero, apoyando la estimación parcial del recurso el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 14 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por don Victorio se formuló demanda en solicitud de modificación de las medidas adoptadas en anterior sentencia de divorcio según convenio suscrito con quien fue su esposa, la demandada doña Paloma , habiendo tenido el matrimonio dos hijos: David , nacido el NUM000 de 2004, y Tania , nacida el NUM001 de 2006. En concreto solicitaba la reducción de la pensión de alimentos de 300 euros a 150 euros mensuales por



cada hijo y el abono de los gastos médicos no incluidos en la Seguridad Social en proporción a los ingresos que tengan ambos progenitores, así como por los gastos derivados de actividades extraescolares. Dicha solicitud se apoya en el cambio desfavorable experimentado en sus circunstancias económicas, ya que perdió empleo y vivienda tras el divorcio y, si bien actualmente trabaja, solo percibe un salario de 1100 euros mensuales, indicando además que los menores han pasado de un colegio privado -por el que pagaban 600 euros- a uno concertado por el que pagan 16 euros al mes, a lo que únicamente hay que añadir los gastos de comedor.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda fijando en 225 euros para cada menor la cantidad que el padre debía abonar en concepto de pensión de alimentos. Apreció el Juzgado que se había producido un cambio de circunstancias respecto del momento en que se determinó la cuantía de la pensión de alimentos, puesto que si bien el demandante cuenta con un nuevo empleo y en la fecha del convenio se sabía que iba a quedar en situación de desempleo - por cuanto iba a ser despedido de la empresa de la familia de la esposa- los menores habían pasado a estudiar en un colegio concertado, dejando de abonar los 600 euros que costaba el colegio privado; circunstancia que el propio convenio contemplaba en el sentido de que podía dar lugar a revisión de la contribución de cada progenitor. Destacó la sentencia de primera instancia la desproporción entre los ingresos de los progenitores, ya que la madre percibe unos 2500 euros mensuales y disfruta de una vivienda en propiedad, mientras que el padre percibe un salario de unos 1000 euros mensuales.

Recurrida dicha sentencia en apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso del demandante y estimó parcialmente la impugnación de la demandada, revocando la sentencia recurrida para declarar que el actor debe pagar en concepto de pensión de alimentos la suma de 530 euros al mes por los dos hijos menores (265 para cada uno de ellos). Tiene en cuenta la Audiencia que las partes pactaron en convenio regulador de divorcio que el padre pagaría 300 euros al mes por cada hijo además de los gastos de educación e instrucción integral de su hija Tania. La contribución del padre a la manutención de los menores fue establecida en atención a las actuales circunstancias laborales, escolares y económicas de los miembros de la unidad familiar y especialmente, atendiendo a que los hijos asisten a un centro escolar privado y disponen de seguro médico privado, la madre tiene ingresos propios procedentes de su trabajo, el padre va a cesar en la relación laboral que mantenía con la empresa de la familia de la esposa, percibiendo una indemnización por ello y pasando a situación de desempleo, y los cónyuges van a proceder a liquidar y repartir entre ellos los bienes de su sociedad de gananciales, por lo que establecieron los interesados que, si en un futuro se produjese una modificación sustancial de las circunstancias (tales como el cambio de centro escolar a uno concertado o público...) la contribución será revisada para adaptarla a la nueva situación, mediante el incremento o reducción de la misma. Añade a lo anterior que en el momento actual los hijos ya no asisten a un colegio privado, sino a uno concertado, lo que ha supuesto una reducción apreciable en cuanto a la carga económica que supone; consta también que en el momento del despido en diciembre de 2011 el actor percibió una indemnización de 12.093,21 euros y el 8 de marzo de 2014 recibió una herencia compuesta de bienes inmuebles, valorada en 37.081,53 euros; así como que el actor, en abril de 2013, cuando fue contratado por su actual empresa en la que gana 1.040 euros ofreció pagar a la demandada en concepto de pensión de alimentos 530 euros al mes por los dos hijos al mismo tiempo que solicitaba el cambio de colegio de los hijos, como así lo reconoció en el acto de la vista. Con todos los datos anteriores, apreció la Audiencia que la pensión más adecuada era la cantidad que el padre ofreció pagar, esto es 530 euros, manteniendo la contribución de ambos al pago de la mitad de los gastos extraordinarios.

Se recurre en casación por el padre alegando en un único motivo la infracción del artículo 154.2 CC y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta sala relativa al juicio de proporcionalidad en la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos, contenida en STS de 21 de octubre de 2015 y las que en ella se citan en cuanto establecen que «En la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (Sentencias de 16-11-1978 , 30-10-1986 , 5-10-1993 y 3-12-1996), o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil ».

Sostiene el recurrente que dicha doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida puesto que infringe el principio de proporcionalidad a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia en tanto que, percibiendo la cantidad de 1000 euros al mes, la suma de 530 euros fijada como importe de la pensión resulta claramente desproporcionada, ya que con la cantidad restante no puede atender sus necesidades más básicas, reiterando que se fije en la suma de 150 euros mensuales para cada uno de los hijos, a lo que hay que sumar los gastos extraordinarios. Añade que es notoria la desproporción existente entre los ingresos de ambos progenitores y que el cambio de colegio ha supuesto una importante reducción de costes que no se ha tenido en cuenta.



Esta sala, en sentencia 636/2016, de 25 octubre , con cita de las de 28 marzo 2014 , 21 octubre 2015 , y 6 octubre 2016 , recuerda «...que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"» (SSTS de 21 noviembre de 2005 (RJ 2005 , 7734); 26 de octubre 2011 (RJ 2012 , 1125); 11 de noviembre 2013 (RJ 2013, 7262), 27 de enero 2014 (RJ 2014, 792), entre otras).

Pero en el caso presente tal juicio de proporcionalidad no ha existido y, por tanto, no se ha tenido en cuenta que el artículo 145 CC dispone que cuando recaiga en dos o más personas la obligación de dar alimentos se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Se limita la sentencia impugnada a poner de manifiesto que en un momento dado el padre aceptó pagar 530 euros mensuales como pensión alimenticia para los dos hijos. Este juicio de proporcionalidad ha de ser atendido en tanto que ambos progenitores están igualmente obligados a satisfacer las necesidades de sus hijos menores teniendo en cuenta la situación económica de cada uno. En el caso se da por probado que la madre percibe un sueldo neto de 2.500 euros mensuales y el padre únicamente el de 1.040 euros mensuales, por lo que la diferencia es notable y pone de manifiesto la mayor disponibilidad económica de la madre. En consecuencia se estima adecuado que el padre satisfaga mensualmente por cada uno de los hijos la cantidad de 200 euros.

SEGUNDO.- Estimado el recurso, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) con devolución del depósito constituido para su interposición.

FALLO

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

1.º- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Victorio contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.ª) en el Rollo de Apelación n.º 46/16 dimanante de autos de procedimiento de modificación de medidas n.º 247/15 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Valencia. **2.º**- Casar parcialmente dicha sentencia en el sentido de fijar como cantidad que el demandante ha de satisfacer mensualmente para alimentos de cada uno de sus dos hijos menores la de 200 euros a partir de la fecha de la presente sentencia. **3.º**- No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas en el presente recurso con devolución al recurrente del depósito constituido. 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.