

Roj: **STS 5721/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5721**Id Cendoj: **28079110012013100689**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/11/2013**Nº de Recurso: **1022/2012**Nº de Resolución: **741/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 1254/2011,**
STS 5721/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 728/2010 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 39/2009, seguidos ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número 2, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Sofía Hernández Morera en nombre y representación de don Bienvenido, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Carlos Navarro Gutiérrez en calidad de recurrente, la procuradora doña María del Carmen Barrera Rivas en nombre y representación de doña Marina en calidad de recurrido y el Ministerio Fiscal en calidad de recurrido.

Se hace constar que se interpuso también recurso extraordinario por infracción procesal y que se inadmitió por esta Sala conforme se acuerda en auto de 2 de abril de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Sonia González González, en nombre y representación de doña Marina, interpuso demanda de divorcio contencioso, contra don Bienvenido y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<por la que:

1.- Se declare disuelto, por causa de divorcio el matrimonio contraído por D.^a Marina y D. Bienvenido, con los efectos registrales correspondientes.

2.- Se adopten las siguientes medidas definitivas:

a) Atribución a mi representada del uso y disfrute del domicilio conyugal, con la totalidad de su mobiliario y ajuar, sito en CALLE000 NUM000 - NUM001 NUM002, de esta capital, en el cual continuará viviendo la misma en compañía de sus dos hijas, Manuela y Virginia, de 20 y 7 de edad respectivamente.

b) Atribución de la patria potestad, así como de la **guarda y custodia** de la hija menor del matrimonio a mi representada; con suspensión del derecho del progenitor no custodio a visitarla, comunicar con la misma y tenerla en su compañía hasta que recaiga sentencia firme en la causa Diligencias Urgentes nº 233/2009, que se siguen ante este Juzgado contra el demandado.

c) En concepto de levantamiento de las cargas familiares y contribución de alimentos para las dos hijas del matrimonio, se fije a cargo del demandado la cantidad de DOS MIL SEISCIENTOS EUROS (2.600 €) mensuales, a distribuir del modo siguiente:



- La cantidad de MIL EUROS (1.000 €), mensuales, en concepto de alquiler del domicilio familiar, en cuyo uso quedarán la esposa y las dos hijas del matrimonio.
- La cantidad de OCHOCIENTOS EUROS (800 €) mensuales, en concepto de alimentos para la hija Manuela , hasta que concluya su formación universitaria y se incorpore al mundo laboral.
- La cantidad de OCHOCIENTOS EUROS (800 €) mensuales, en concepto de alimentos para la hija Virginia .

Las expresadas cantidades deberán ser ingresadas por el demandado en la cuenta bancaria que designe mi representada, por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes; y deberán actualizarse anualmente conforme a las variaciones que experimente el Sistema de Índices de Precios de Consumo, según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística y Organismo que le sustituya, en el Conjunto Nacional Total.

d) Se otorgue a mi representada y a cargo del demandado, en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €) mensuales, sin limitación temporal, que deberá ingresar en la cuenta bancaria que designe mi representada, por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, con actualización anual conforme a las variaciones que experimente el Sistema de Índices de Precios de Consumo, en el Conjunto Nacional Total, según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.

e) Se señale a favor de mi mandante, en concepto de justa compensación, una vez extinguido el régimen de separación de bienes vigente durante el matrimonio, la cantidad de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €), como consecuencia del trabajo dedicado por la esposa al hogar familiar a lo largo de toda la duración del matrimonio, que será abonado por el demandado mediante ingreso en la cuenta bancaria que señale la esposa.

3.- Se condene en costas al demandado, caso de que se opusiese a lo solicitado en la presente demanda>>.

2.- El fiscal se persona en los autos mencionados y contesta a la demanda alegando a tal efecto los hechos y fundamentos jurídicos que considera pertinentes, solicitando al juzgado dicte en su momento, sentencia <<conforme al resultado de las pruebas practicadas, estableciéndose en la misma, por los argumentos antes citados, las medidas referentes a la patria potestad, **guarda y custodia** y alimentos esenciales para los mismos>>.

3.- La procuradora doña María del Pilar Fernández de Misa Cabrera, en nombre y representación de don Bienvenido , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que <<se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas de contrario, y se tenga a bien proceder a la adopción de las siguientes medidas definitivas:

1.- La disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por los cónyuges DON Bienvenido y DOÑA Marina , con los efectos registrales correspondientes.

2.- Patria potestad, guarda y **custodia** de la hija menor, Virginia , la misma será ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

3.- Uso de la vivienda que ha constituido el domicilio familiar, sita en la CALLE000 , nº NUM000 , NUM001 NUM002 , Santa Cruz de Tenerife, así como el mobiliario y objetos de uso ordinario en aquél ubicados, al ser el mismo de alquiler, será atribuido a la esposa, así como las cargas derivadas de su uso, incluido el alquiler.

4.- Régimen de visitas, comunicación y estancia de la hija menor, atendiendo a la circunstancia de que se trata de una **custodia compartida**, se establece el siguiente:

A).- La hija menor Virginia , pernoctará en compañía de su padre los quince primeros días de cada mes, y los restantes en compañía de su madre.

B).- En cuanto a las vacaciones escolares de Verano, Navidades, Semana Santa y Carnavales, éstas serán compartidas por mitad entre ambos progenitores, escogiendo los años pares el padre y los años impares la madre. Para el cómputo de las mismas, se tendrá en cuenta el número total de días de vacaciones escolares que se tienen en cada período, comenzando a contar desde el día siguiente a la finalización de las clases hasta el día anterior al comienzo de las mismas, y dividiendo dichos días entre dos.

ALTERNATIVAMENTE, se interesa el establecimiento del siguiente régimen de visitas, en el que mi representado podrá disfrutar de la compañía de su hija Virginia :

A).- Fines de semana alternos, desde los viernes a la salida del colegio hasta los lunes a la entrada del mismo, donde deberá ser reintegrada la menor.



B).- Los martes y miércoles de cada semana, debiendo ser recogida la menor a la salida del colegio y reintegrada en su domicilio materno a las 20:00 horas.

c).- En cuanto a las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, corresponderán por mitad a ambos progenitores, debiendo elegir el período a disfrutar el padre los años pares y la madre los años impares, debiendo ser recogida y entregada la menor en el domicilio familiar.

5.- Pensión por alimentos:

- EN CUANTO A LA HIJA MENOR Virginia : partiendo de la solicitud de esta parte de un régimen de **custodia compartida**, interesa la no fijación expresa de una pensión en concepto de alimentos, ya que los gastos en general, incluidos los extraordinarios, serán abonados y cubiertos por mitad entre ambos progenitores.

- EN CUANTO A LA HIJA Manuela : interesa que se determine en la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300 €).

ALTERNATIVAMENTE, se interesa el establecimiento de una pensión por alimentos para las dos hijas en la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (300 € para cada una de ellas).

Dicha contribución se actualizará anualmente de acuerdo con los incrementos y variaciones experimentados por el IPC, que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo análogo.

Asimismo, abonarán ambos progenitores por mitad los gastos extraordinarios, todo ello, previa justificación del gasto y de su importe por medio de la presentación de la factura correspondiente>>.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 25 de junio de dos mil diez , cuyo fundamento de derecho quinto es del tenor literal siguiente:

Quinto.- Por lo que respecta a la prestación que en concepto de contribución a alimentos deba satisfacer el progenitor no custodio respecto a la hija común menor de edad Virginia , y a la mayor de edad, Manuela , que actualmente carece de medios de vida propios, ha de destacarse, en primer lugar, de que tal como tiene sentado la Jurisprudencia, la situación de ruptura de los padres nunca puede determinar la pérdida de la relación de filiación, que, a tenor de los artículos 143 , 144 y 145 del CC ., da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación de éstos de prestarlos; y en segundo lugar, que ha de partirse no sólo de la capacidad económica de ambos progenitores sino asimismo de las concretas necesidades e importe de los gastos de las hijas comunes, con arreglo a sus específicas circunstancias y al nivel de vida que durante la convivencia de ambos progenitores han venido disfrutando. Es éste el criterio mantenido por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de esta Capital, en sentencias, entre otras, como la de 21 de diciembre de 2009 , que cita a su vez a la STS de 29 de junio de 1988 y 10 de julio de 1979 , que considera que la adecuada valoración, cuantificación y fijación de los alimentos a los hijos ha de regirse por el artículo 93 del CC , a que "la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe", sino que "a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento", a las que el Juez acomodará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de tales prestaciones. Es decir, que las necesidades determinantes para la fijación de los alimentos son únicamente las de los hijos en cada momento, que supone que las circunstancias concretas de los hijos menores son las que definen con especificidad y, consiguientemente, excluyen otros parámetros para la valoración, como pudiera ser la posición de los padres, a diferencia de lo que se establece para los alimentos entre parientes de los artículos 142 y ss. del CC ., y de modo más concreto, el artículo 1456 del CC que recoge el criterio de la proporcionalidad respecto de quien los da y quien los recibe. Así subraya la posición jurisprudencial referida, que todo ello hace que los progenitores deban de prestar alimentos a los hijos conforme a las necesidades que resultan en cada concreto momento, atendiendo al estatus social en que se enmarca, sin que ello se identifique con un derecho del hijo a percibir un tanto por ciento de los emolumentos de los progenitores, pero que en cualquier caso, lo que debe de tomarse como punto de referencia para la cuantificación a tenor del artículo 93 del CC son las circunstancias económicas en atención a las necesidades de los hijos en cada momento. Todo ello atendiendo, en todo caso, a la relevancia constitucional de la obligación de alimentos que resulta del artículo 39.3 de la C.E . al disponer que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", y a lo dispuesto en el Código Civil en su artículo 154.1.1 º , que impone el deber de los progenitores respecto de los hijos menores de "alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral", en este ámbito de "relaciones paterno filiales".

Sentado lo anterior, y comenzando por el análisis de la prestación o contribución paterna en concepto de alimentos a favor de la hija menor común, Virginia , y realizando una cuantificación del importe de las necesidades de índole ordinario o común de la misma tanto conforme a la situación constante la convivencia de ambos progenitores como tras su separación de hecho y en la actualidad, se ha de partir, en primer lugar, y por



ser de carácter básico para la estabilidad y bienestar de la menor, del importe de la cobertura de sus necesidades alojativas ya que el domicilio familiar tanto durante la relación afectiva y convivencia de ambas partes, como tras la separación de hecho de éstas, ha permanecido en régimen de alquiler sufragado siempre por el demandado, siendo tal domicilio de la menor la vivienda situada en la CALLE000 , nº NUM000 , NUM001 NUM002 , en esta capital, cuya renta mensual asciende a la cantidad aproximada de unos 1.000 euros mensuales con las actualizaciones correspondientes al contrato de arrendamiento suscrito por el demandado. La menor, por otra parte, tal como consta en la documental nº 43 de la demanda, cursa estudios, al igual que lo hicieron sus hermanas mayores y por mutuo acuerdo de ambos progenitores, en el Colegio Alemán (Deutsche Schule) Santa Cruz de Tenerife, sito en calle Drago, s/n, Tabaiba Alta, El Rosario, ascendiendo las cuotas correspondientes al último curso escolar realizado a la cantidad total de 2.700,00 euros/año y con unas cuotas mensuales de 272,00 euros; cantidades a las que habrían de añadirse las cantidades que asimismo se devengan en cada curso escolar, pese a no aparecer aún fijadas en la citada certificación del centro escolar de 14 de septiembre de 2009, aportada por la demandante como documento nº 53, relativas a conceptos tales como libros, material, anuario y comedor. En relación a esto último, según consta en la citada certificación, y en relación al curso escolar 2008/09, respecto al que sí aparecen fijados en el momento de la certificación los demás conceptos distintos de las cuotas escolares, el importe total de los gastos escolares de la menor durante ese curso escolar fue de 3.418,60 euros. Ha de señalarse que en el presente curso escolar 2009-2010, según refiere la demandante, la menor no devenga gastos de comedor escolar, gastos que por otra parte y según se desprende de la certificación del año escolar precedente ascienden en todo caso a una media de unos 31,50 euros mensuales. Además, la menor y tal como ha venido haciendo siempre, se desplaza al colegio en transporte escolar, lo que resulta especialmente necesario dada la lejanía de la localización del colegio respecto a su domicilio que implica un gasto que según consta en la documental nº 54 aportada con la demanda, asciende para el curso escolar 2009/2010 a la cantidad de 1.225,80 euros, que prorrateada en doce mensualidades arroja una cantidad mensual de 102,15 euros. Asimismo, de la documental aportada por la demandante se desprende, por otro lado, que como gastos correspondientes a libros para el curso escolar de la menor 2009- 2010, se devengó la cantidad de 96,77 euros, y que el chándal y equipamiento deportivo escolar necesario para la menor, ascendió a la cantidad de 163,5 euros (documentos 60 a 62 de la demanda). Por otra parte, y como gastos asimismo regulares y periódicos de la menor cabe citar, con arreglo a la documental 55 a 57 de la demanda, la cantidad de 35 euros mensuales por clases extraescolares de danza. A ello ha de sumarse, conforme a la documental nº 58 de la demanda, el importe de las clases de equitación de la menor por las que se abona la cantidad de 100 euros por un bono para diez clases, lo que arrojaría un importe de 10 euros por cada día de asistencia a clases de hípica, y que, prorrateado en relación a una clase semanal todos los miércoles más una quincenal los sábados alternos con una periodicidad de 6 clases mensuales, da la cantidad de 60 euros mensuales. Por otra parte, la menor Virginia tal como sus otras dos hermanas lo hicieron en su día, según ha manifestado la demandante en la vista oral, asiste regularmente a clases particulares de alemán, a razón de 20 euros la hora, lo que conlleva un gasto de 160 euros mensuales. De lo actuado se desprende asimismo, tanto constante la relación de las partes, así como tras su separación de hecho y actualmente, ha habido una persona dedicada a la recogida de la menor a su llegada del colegio, así como a su cuidado y atención del hogar, a la que se abona una cantidad mensual de 500 euros, tal como consta en la documental aportada con la demanda con los números 63 a 65, no impugnada de contrario. La contratación de esta persona, pese a la negativa del demandado en el acto de la vista oral, se desprende que fue siempre convenida entre las partes constante su relación y mantenida incluso tras la separación de hecho de las partes. Así se desprende no sólo de las declaraciones de ambas partes en el procedimiento de Diligencias Urgentes seguido ante este Juzgado, sino además por entenderse que dicha asistencia siempre resultó y resulta necesaria en atención al horario escolar del centro educativo en el que la menor cursa estudios, del que la niña regresa tras finalizar su jornada escolar a la 1:45 horas aproximadamente, momento en el que la demandante se encuentra trabajando, sin que conste de lo actuado que el demandado se haya ocupado constante la relación y convivencia de ambas partes de tal función de recogida de la menor y cuidado de la misma a su llegada del colegio, y pese a que ahora en el acto de la vista reclame realizar tal función a través del establecimiento de una **guarda y custodia compartida** que como ya se ha expuesto anteriormente resulta improcedente, debiendo además significarse la evidente dificultad práctica y obstáculo insalvable para la llevanza por el demandado de tal cometido que representa sin duda la vigencia de la prohibición de éste de aproximarse no sólo a la demandante sino al domicilio de ésta y por ende al de la hija menor de edad común. Por tanto, y según lo actuado se desprende que constante la relación de las partes y tras la separación de hecho de ambos, esa tercera persona se ocupaba no sólo de la recogida de la menor, sino además de su cuidado y atención hasta al menos la finalización del horario laboral de la madre, persistiendo tal necesidad por las mismas razones, debiéndose destacar al respecto, no sólo que la menor durante este curso escolar, -y probablemente como consecuencia del prolongado impago del demandado de la pensión de alimentos acordada a favor de la niña en la Orden de Protección dictada entre las partes-, no asiste al comedor escolar, con lo que necesariamente tendrá que almorzar en su domicilio, sino que además su hermana Manuela , que también convive en el hogar familiar, tampoco puede hacerse cargo de



la menor por evidentes incompatibilidades físicas y horarias, al ser aún estudiante con horario no continuo y con prácticas en horario de tarde en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna.

De lo expuesto, y hasta el momento, se desprenden unos gastos de índole periódica y ordinaria de la menor Virginia, que únicamente por gastos de escolarización en sentido estricto, transporte escolar, y clases extraescolares de danza, equitación y alemán, arrojan una cantidad mensual de 627,25 euros. A tal cantidad ha de sumarse el importe de 500 euros correspondiente a los emolumentos de la persona contratada para la recogida de la menor a su llegada del centro escolar y su cuidado y atención en el hogar, más la cantidad proporcional relativa a la cobertura de sus necesidades alojativas, es decir, al pago del alquiler de la vivienda familiar que siempre ha sido el hogar de la menor, que asciende a la cantidad de 1000 euros aproximados de renta, cantidad en la que se incluye el suministro de agua, más la correspondiente a gastos de electricidad, de unos 62 euros de media conforme se ha manifestado por la demandante en la vista oral. Todo ello arroja una cantidad aproximada de 1.689,15 euros mensuales, cantidad a la que habrá de añadirse el importe de las necesidades alimenticias en sentido estricto, vestido y calzado de la menor.

Por lo que se refiere al importe de los gastos comunes y ordinarios de la hija común, de 21 años de edad en la actualidad aún estudiante y carente de independencia económica, Manuela, que por tanto también depende en tal sentido de sus progenitores, tal como venía ocurriendo no sólo con anterioridad a la ruptura de la pareja, sino incluso con posterioridad a la misma una vez separadas de hecho las partes, ha de señalarse que la misma cursa estudios de Diplomatura de Relaciones Laborales (Plan 1998) que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, con arreglo a la certificación aportada como documento nº 52 de la demanda, cómo durante el curso académico 2009-2010 la matrícula ascendió a la cantidad de 585,21 euros. Cantidad que como es notorio se verá incrementada en el próximo curso, y a la que obviamente habrá de añadirse el importe no sólo de sus necesidades alimenticias en sentido estricto y gastos de vestido, calzado y desplazamiento a la Facultad, sino asimismo los gastos de libros y material para el desarrollo de su formación académica, que realizando una somera estimación con arreglo al nivel de vida que las partes han venido manteniendo tal como se desprende de lo actuado, se estima que nunca podrán ser inferiores a los 600 euros mensuales. Asimismo, y al igual que respecto a la menor Mariana, se entiende que forman parte de los gastos necesarios de la hija común, Manuela, al menos hasta que disponga de vida económicamente independiente, los relativos a la cobertura de sus necesidades alojativas, es decir, la parte proporcional al pago del alquiler del que desde 1998 ha sido su domicilio con los gastos de suministros expresados anteriormente. Todo ello arroja una cantidad estimada de unos 1.100 euros mensuales respecto de la hija mayor de edad común.

De todo lo anterior, se desprende que el nivel de gastos corrientes de la unidad familiar formada por las partes y las tres hijas comunes siempre fue y continúa siendo muy elevado, si bien ahora respecto de las dos hijas menores que continúan en el que fuera hogar familiar, y que ello apunta a un nivel de ingresos y capacidad económica del demandado igualmente muy alto. Precisamente de ello se deriva que la falta de preocupación del demandado por el importe exacto de los gastos de sus hijas, que tal como ha afirmado en el acto de la vista ha manifestado desconocer, tanto de la mayor cuando cursaba estudios universitarios y de postgrado en una universidad privada en Madrid, como de las otras dos menores, se corresponde con una capacidad económica más que suficiente para hacer frente a tal cantidad de gastos corrientes.

Por lo que respecta a la situación actual, y tal como se ha expuesto, resulta que como gastos ordinarios y periódicos relativos a las dos hijas comunes, Mariana y Manuela, se devenga un importe mensual aproximado de 2.789,15 euros mensuales.

Partiendo de ello, ha de examinarse la capacidad económica de cada uno de los progenitores. No existe dificultad alguna para ello en el caso de la demandante, por cuanto al desempeñar actividad laboral como Secretaria de la Administración de Justicia, si bien en régimen de provisión temporal, de la mera consulta de sus nóminas se desprende la cuantificación exacta de sus ingresos. Así y según consta no sólo en la documental aportada con la demanda con el N° 41, sino además en la documental consistente en la Certificación emitida a solicitud de este Juzgado por la Gerencia Territorial de Habilitación y Personal del Ministerio de Justicia el 15 de diciembre de 2009, sus ingresos ascienden a la cantidad de 2.700,96 euros mensuales de media.

Respecto al análisis de la capacidad económica del demandado, ha de destacarse que presenta una mayor complejidad por la naturaleza de la actividad económica y profesional realizada por éste y por el modo de conducirse en el tráfico comercial el demandado, realizando los pagos por adquisiciones de bienes y servicios al contado en la práctica mayoría de las ocasiones, de modo habitual y regular, tal como se desprende no sólo de la propia declaración del demandado que ha admitido haber realizado compras más que importantes en su cuantía al contado y en efectivo, sino de las testificales de las dos hijas comunes, mayores de edad, cuya declaración se aprecia, veraz, y sin que se observe móvil espurio alguno pese a la evidente situación de conflicto familiar motivado a raíz del procedimiento penal en curso, y sin que se entienda que concurra ninguna circunstancia para



dudar de la veracidad de sus testimonios, atendida la inmediatez que se produce en el plenario y con arreglo a las reglas de la sana crítica que presiden la valoración de la testifical en dicho acto.

Así y tal como consta en autos el demandado, en primer lugar, según se refiere en la documental 8 y 9 aportada con la demanda, es Consejero Delegado de la empresa Isla Verde La Palma S. A. Asimismo es propietario con carácter privativo de seis viviendas construidas en la finca de su propiedad denominada DIRECCION000 , DIRECCION001 , Adeje, según se ha evidenciado en el acto de la vista oral, a partir no sólo de la documental aportada con la demanda con los números 10 a 16, sino a partir de las fotografías aportadas por la demandante como más documental en el acto de la vista unidas a las declaraciones de ambas partes, dichas viviendas, - que pese a la negativa del demandado, se aprecia que se encuentran terminadas y habitables en la actualidad conforme se observa claramente en dichas fotografías, son objeto de explotación en régimen de alquiler por parte del demandado, quien ha admitido cobrar cuando menos la cantidad de 1.200 euros mensuales por alquiler de dos de tales viviendas, lo que según él constituyen sus únicos ingresos. Por otra parte, según resulta de las actuaciones, el demandado es también propietario, privativo, de tres parcelas urbanas en el Plan Parcial "La Milagrosa", Sector P2 del Plan General de Ordenación de Adeje, con una superficie de 727,99 metros cuadrados, 430,50 metros cuadrados y 1.370 metros cuadrados, respectivamente, tal como resulta de la documental nº 17, 18 y 19 aportada con la demanda y no impugnada de contrario. Además el demandado figura como propietario de los siguientes vehículos: Porsche, modelo 911, Carrera RS, matrícula GP-....-G y Rolls Royce, modelo Corniche, matrícula WV-....-E . Así como de la embarcación denominada " DIRECCION002 " , matrícula-NY-....-.... , de Mazarrón, de 13,41 metros de eslora y 3,35 metros de manga, y dos motores de 550 cvf cada uno, con un valor estimado a fecha de 8 de octubre de 2009 de 19.779 euros, sin cuantificar el correspondiente a los dos motores, según consta en los documentos N° 6 y 7 de la contestación a la demanda. Por otra parte, el propio demandado ha admitido en el acto de la vista oral haber percibido una importante suma procedente de la expropiación de parte de sus propiedades inmobiliarias como consecuencia de las obras del denominado "anillo insular", en la ampliación de la Autovía TF Sur-Adeje, refiriendo haber obtenido la cantidad de "200 y pico" mil euros.

Ha de significarse asimismo que pese a no constar la titularidad del demandado respecto de los otros bienes que se mencionan en la demanda, se infiere claramente que o bien los mismos están a su disposición, y se deduce que la titularidad ajena es meramente formal y de carácter fiduciario, como ocurre con la motocicleta marca BMW, modelo R-850-R, matrícula HW-....-HW a que se hace referencia en la demanda y que figura a nombre de un primo del demandado, o de la embarcación denominada " DIRECCION003 " respecto de la que se aportan en la demanda documentos N° 31 a 36 relativos a gastos relativos a su varada y botada así como los derivados de su reparación que figuran a nombre del demandado pese a constar la titularidad nominal de persona distinta; o bien tales bienes, pese a no figurar a su nombre, le pueden reportar directa o indirectamente algún tipo de ingreso o beneficio. Así, ha de destacarse que aunque el demandado no figure nominalmente en la sociedad Los Laureles 102 S.L., el administrador único de dicha sociedad es su propio padre, D. Nazario , y a nombre de dicha entidad está precisamente el vehículo Mercedes Benz, modelo S500, matrícula 0352 BYW, según el demandado ha admitido en el acto de la vista oral, éste es el titular real tanto del citado Mercedes S500, vehículo que utiliza normalmente, como de otro vehículo también de la misma marca, Mercedes, modelo 600, si bien alega que éste último "lo tiene chocado en el taller".

Por tanto de todo ello se desprende la existencia de indudables indicios evidentes de la alta capacidad económica del demandado. Así y a la vista de las variadas propiedades, no sólo inmuebles, sino vehículos de alta gama y embarcación de recreo de que es titular el demandado, y los demás bienes que aún sin constar su titularidad formal se infiere que quedan dentro del ámbito de su disponibilidad, conforme el mismo ha reconocido al menos en el caso del Mercedes 500, no parecen plausibles sus afirmaciones en el acto de la vista mantener que siempre ha tenido dificultades económicas y que ha tenido que acudir a la ayuda de amigos y familiares "porque a él, el dinero nunca le ha sobrado"; sin que tampoco parezca que se corresponda el acceso y la disponibilidad de tales bienes con la situación de una persona que dice no sólo carecer actualmente de empleo y que niega el nivel de ingresos que se refiere en la demanda respecto al demandado, -que por otra parte parece más acordes con el monto y características de los bienes que posee éste directa o indirectamente-, sino que recientemente, y posteriormente a la demanda se ha inscrito en el INEM como demandante de empleo y precisamente en el sector de la agricultura, pese a haber manifestado en el acto de la vista haber cursado estudios como administrativo, rama profesional en la que parece a primera vista que una solicitud de demanda de empleo pudiera tener más éxito de ser perentoria y la necesidad de obtener ingresos. Tampoco parece plausible la afirmación del demandado relativa a que siempre y durante el largo tiempo de relación de ambos, ha sido la demandante, - que únicamente dispone de un sueldo- como Secretaria judicial en régimen de provisión temporal, y no él, -que dispone del activo patrimonial referido-, quien ha abonado la totalidad de los gastos no sólo, relativos a los estudios de las tres hijas, inclusive los derivados de los estudios universitarios de la hija mayor en centro privado situado en Madrid, sino los derivados de la contratación de la empleada de hogar; como tampoco lo parece la



manifestación de éste relativa a su desconocimiento respecto al importe de los gastos generados por la familia y en concreto por sus tres hijas.

Ha de manifestarse igualmente que, pese a las afirmaciones contenidas en la contestación a la demanda, relativas a que ha sido siempre el padre del demandado quien se ha ocupado de la cobertura de las necesidades económicas de la familia formada por las partes, extremo que parece poco probable atendida la duración de la relación de convivencia de ambas partes que se ha prolongado hasta su separación de hecho durante al menos 28 años, y 30 de matrimonio, el propio Sr. D. Nazario , padre del demandado, en su declaración testifical practicada en el acto de la vista, si bien al inicio de su interrogatorio refirió haber estado siempre a cargo del mantenimiento de la familia en general y no sólo de la de su hijo Bienvenido , posteriormente en el curso de su declaración y preguntado expresamente reconoció que ayudó económicamente a su hijo "hasta un cierto punto, porque una vez que su hijo se fue, prácticamente ha vivido por cuenta de él".

Constituye un nuevo indicio de la suficiencia y capacidad económica del demandado el que, pese a la situación de precariedad económica que proclama, que siempre haya comparecido con Procurador y Letrado particular a todas las actuaciones judiciales que han tenido lugar, tanto en el procedimiento penal en curso como en el presente, sin solicitar nunca la designación de asistencia letrada de oficio; y ello pese a la apariencia a que pudo querer darse lugar cuando tras inscribirse como demandante de empleo en fecha 27 de enero de 2010, se manifestó la renuncia de su procurador y letrado, presentando en menos de un mes, en fecha 3 de marzo del año en curso, nuevo escrito solicitando que se dejara sin efecto la anterior renuncia de la representación procesal y dirección letrada del demandado. No consta, pese a la alegación de la situación de desempleo efectuada por el demandado, que haya procedido a renovar su inscripción como demandante de empleo, tal como le venía señalado en la documentación del INEM para el pasado día 28 de abril de 2010, sin que haya justificado documentalmente tal renovación en su solicitud, imprescindible para ser llamado por la citada Oficina. Por último, tampoco consta acreditado en ningún momento que el demandado tenga que hacer frente al pago de más cargas que las derivadas de la tenencia de tan importante patrimonio, ni siquiera de las derivadas de su propio alojamiento.

Por todo ello se estima que la ruptura de la relación de las partes no puede repercutir en ningún caso en una minoración del nivel de vida que tanto la hija menor de edad común, Virginia , como la mayor de edad que continúa en el hogar familiar, Manuela , habían venido disfrutando no sólo constante tal relación sino incluso tras la separación de hecho de las partes.

Por tanto, de conformidad con lo expuesto, y tal como hizo en el Auto de Orden de Protección dictado entre las partes, apreciada no sólo la suficiencia económica del demandado, sino la necesidad de la cobertura de los gastos de la menor Virginia en la misma cantidad y modo con que tenía lugar en el momento precedente a la ruptura de la relación de sus progenitores, se establece la obligación del demandado, progenitor no custodio, de abonar en concepto de contribución a alimentos para su hija menor de edad, Virginia , como gastos ordinarios, la cantidad de 1.800 euros mensuales, pagaderos por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que la madre de la menor designe al efecto, suma que será revalorizada anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC para la Comunidad Autónoma Canaria y que publique el Instituto Nacional de Estadística con fecha de uno de enero. Los gastos de carácter extraordinario de la menor, tales como gastos médicos, largas enfermedades y operaciones quirúrgicas no cubiertos por la Seguridad Social, o análogos, serán cubiertos por ambos progenitores por mitad, previa justificación de la necesidad del gasto y de su importe, siendo las discrepancias resueltas judicialmente.

Asimismo, y con idéntico fundamento al expresado en el párrafo precedente, y como contribución del demandado en concepto de alimentos respecto de la también hija común, mayor de edad, Manuela , y en tanto la misma carezca de medios suficientes para llevar vida económica independiente y continúe sus estudios y formación académica en sus correspondientes grados, se establece la obligación del demandado de abonar la cantidad de 1.000 euros mensuales, pagaderos por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que ésta designe al efecto, suma que será revalorizada anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC para la Comunidad Autónoma Canaria y que publique el Instituto Nacional de Estadística con fecha de uno de enero. Los gastos de carácter extraordinario que experimente la hija común mayor de edad, Manuela , tales como gastos médicos, largas enfermedades y operaciones quirúrgicas no cubiertos por la Seguridad Social, o análogos, al igual que en el caso de su hermana menor de edad, serán cubiertos por ambos progenitores por mitad, previa justificación de la necesidad del gasto y de su importe, siendo las discrepancias resueltas judicialmente.

y cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada a instancia de Dña. Marina , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sonia González González, y bajo la dirección letrada de D. Manuel González



Gil, contra D. Bienvenido , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. María del Pilar Fernández de Misa Cabrera y bajo la dirección letrada de D. Fernando Mesa Hernández, y con intervención del Ministerio Fiscal, DECLARO DISUELTO POR DIVORCIO, el matrimonio de los expresados, con adopción de las siguientes medidas:

*1º.- Se atribuye la **guarda y custodia** de la hija común, Virginia , nacida el NUM003 de 2002 a la madre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad.*

2º.- Se atribuye a las hijas comunes, Virginia y Manuela , y a la demandante, el uso y disfrute del domicilio sito en la CALLE000 , nº NUM000 - NUM001 NUM002 , Santa Cruz de Tenerife, así como del mobiliario y bienes que componen el ajuar familiar en él existente, sin perjuicio del derecho a la propiedad que sobre tal inmueble ostenten terceros ajenos al presente procedimiento y las vicisitudes del régimen de alquiler del mismo. No ha lugar a establecer en la presente, como pronunciamiento específico, la obligación del demandado de abonar el importe del alquiler de tal vivienda.

3º.- Como régimen de visitas paterno filial en relación a la hija común menor de edad, se establece que el padre podrá tener consigo a su hija Virginia durante los períodos siguientes:

a) Los fines de semana alternos, desde las 16:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo. La menor deberá ser recogida y reintegrada en el domicilio materno por familiar del padre o persona de confianza de ambas partes, en tanto persista la vigencia de la prohibición de aproximación y comunicación del demandado para con la demandante, y por el progenitor no custodio, o persona de la mutua confianza de ambas partes, si dejare de tener vigencia tal prohibición.

b) La mitad de las vacaciones de Navidad, a tal efecto, las mismas se dividen en dos períodos, el primero comprende desde las 10:00 horas del día siguiente a terminar las clases hasta las 19:00 horas del 30 de diciembre; el segundo comprende desde las 19.00 horas del día 30 de diciembre hasta las 19.00 horas del día anterior al inicio de las clases, correspondiéndole el derecho de elección de cada período durante los años pares a la madre y durante los impares al padre.

c) La mitad de las vacaciones escolares correspondientes a Carnaval, estableciéndose dos períodos de igual duración, iniciándose el primero, desde las 10.00 horas del primer día siguiente a la finalización de las clases, hasta las 19.00 horas del día en que deba comenzar el segundo período establecido según el calendario vacacional del centro en que la menor cursa estudios, el cual comenzará a partir de tal momento y finalizará a las 19:00 horas del domingo inmediatamente anterior a la reanudación de las clases, correspondiendo el derecho de elección de cada período durante los años pares a la madre y durante los impares al padre.

d) La mitad de las vacaciones de Semana Santa: a tal efecto éstas se dividen en dos períodos de igual duración, el primero comienza a las 10.00 horas del sábado, primer día del período vacacional del centro escolar de la menor, hasta las 19:00 horas del día en que deba comenzar el segundo período establecido según el calendario vacacional del centro en que la menor cursa estudios, y el segundo que comenzará a partir de tal momento y finalizará a las 19:00 horas del domingo inmediatamente anterior a la reanudación de las clases, correspondiendo el derecho de elección de cada período durante los años pares a la madre y durante los impares al padre.

e) Un mes durante las vacaciones escolares de verano de la menor, a elegir entre julio o agosto, correspondiendo el derecho de elección de cada período durante los años pares a la madre y durante los impares al padre.

Durante la vigencia de la prohibición de aproximación y comunicación del demandado respecto a la demandante, la entrega y recogida de la menor deberá efectuarse en el domicilio materno a través de familiar del demandado o persona de la mutua confianza de las partes, y por el progenitor no custodio o persona de la mutua confianza de las partes, si dejare de tener vigencia tal prohibición.

4º.- Se establece la obligación del demandado, progenitor no custodio, de abonar en concepto de contribución a alimentos para su hija menor de edad, Virginia , como gastos ordinarios, la cantidad de 1.800 euros mensuales, pagaderos por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que la madre de la menor designe al efecto, suma que será revalorizada anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC para la Comunidad Autónoma Canaria y que publique el Instituto nacional de Estadística con fecha de uno de enero. Los gastos de carácter extraordinario de la menor, tales como gastos médicos, largas enfermedades y operaciones quirúrgicas no cubiertos por la Seguridad Social, o análogos, serán cubiertos por ambos progenitores por mitad, previa justificación de la necesidad del gasto y de su importe, siendo las discrepancias resueltas judicialmente.

5º.- Se establece la obligación del demandado de abonar como contribución en concepto de alimentos respecto de la hija común, mayor de edad, Manuela , y en tanto la misma carezca de medios suficientes para llevar vida económica independiente y continúe sus estudios y formación académica en sus correspondientes grados, la cantidad de 1.000 euros mensuales, pagaderos por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros



días de cada mes, en la cuenta corriente que ésta designe al efecto, suma que será revalorizada anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC para la Comunidad Autónoma Canaria y que publique el Instituto Nacional de Estadística con fecha de uno de enero. Los gastos de carácter extraordinario que experimente la hija común mayor de edad, Manuela , tales como gastos médicos, largas enfermedades y operaciones quirúrgicas no cubiertos por la Seguridad Social, o análogos, al igual que en el caso de su hermana menor de edad, serán cubiertos por ambos progenitores por mitad, previa justificación de la necesidad del gasto y de su importe, siendo las discrepancias resueltas judicialmente.

6º.- Se establece la obligación del demandado de abonar en concepto de pensión compensatoria a la demandante, la cantidad de 1.000 euros mensuales, pagaderos por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que la demandante designe al efecto, suma que será revalorizada anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC para la Comunidad Autónoma Canaria y que publique el Instituto Nacional de Estadística con fecha de uno de enero, y que devengará los intereses legales del artículo 576.1 de la LEC .

7º.- No ha lugar a efectuar pronunciamiento en la presente resolución relativo al establecimiento de obligación compensatoria del demandado a la demandante con arreglo al 1.438 del Código Civil.

8ª.- Quedan revocados los consentimientos y poderes otorgados entre los cónyuges.

No ha lugar a realizar ningún otro pronunciamiento, a excepción de la disolución del régimen económico matrimonial que se producirá por ministerio de la Ley una vez firme la presente resolución, ni a efectuar expresa condena en costas.

Firme que sea la presente resolución, comuníquese al encargado del Registro Civil, donde conste inscrito el matrimonio de los interesados.

Y en fecha 21 de julio de 2010, dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva señala: DISPONGO

.Aclarar el contenido del apartado señalado con la letra c) del Fundamento Jurídico Cuarto, y el punto 3º de la letra c) del Fallo de la sentencia recaída en las presentes, relativo al régimen de visitas correspondiente a las vacaciones escolares de la menor correspondientes a Carnaval, que quedan sin contenido.

Aclarar el apartado d) del Fundamento jurídico Cuarto y el apartado d) del punto 3º del fallo de la sentencia recaída, reiterándose que el régimen de visitas correspondiente a las vacaciones de Semana Santa de la menor Virginia , se establece en función del calendario vacacional del centro en que la menor cursa estudios, dividiéndose las vacaciones escolares de la menor para dicho período de Semana Santa en dos períodos, comenzando el primero a las 10.00 horas del sábado, primer día del período vacacional de la menor, hasta las 19:00 horas del sábado siguiente, y el segundo, desde las 19:00 horas de dicho sábado, hasta las 19:00 horas del domingo inmediatamente anterior al inicio de las clases, correspondiendo el derecho de elección de cada período durante los años pares a la madre y durante los impares al padre, quedando integrada la sentencia en el sentido expuesto en la presente a los efectos de la aclaración instada.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y demandada, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2011 , en la cual su fundamento de derecho tercero expresa literalmente:

TERCERO.- Pues bien, así centrados los términos del debate, la sentencia de instancia estimando, en parte las pretensiones económicas de la demandada, fijó los importes de las pensiones alimenticias a favor de las hijas del matrimonio, Manuela y Virginia , en las sumas de 1.000 y 1.800 euros respectivamente, partiendo para ello de las necesidades de aquéllas, y los ingresos del actor, para cuya determinación tuvo en cuenta no sólo la documental aportada, relativa a la sociedad de la que es administrador el recurrente, o su manifiesta vinculación con otra entidad mercantil, de la que es administrador, su padre, o la titularidad dominical sobre un importante patrimonio inmobiliario, que reporta importantes rendimientos, y mobiliario, sino también un conjunto de indicios, como el alto nivel de vida de que ha disfrutado la familia, o los evidentes y ostensibles signos de riqueza en que se enmarca la vida del apelante, que permitieron concluir que su capacidad económica es muy superior a la alegada.

Y a partir de aquí, plantea la parte apelante, como motivo del recurso, que se ha incurrido en un error en la valoración de la prueba. Argumento que este Tribunal no puede compartir ya que un estudio exhaustivo de la prueba practicada y su ponderación en conjunto nos lleva a compartir en su integridad los argumentos en que se fundamenta la resolución de la instancia, partiendo del planteamiento de que la capacidad económica del apelante es notablemente superior a la referida por aquél, ya que haciendo nuestra la afirmación vertida en la SAP de Asturias de 22 de enero de 2007 , estimamos que "no todos los cambios que se producen en la situación económica de los cónyuges a medida que se agrava la crisis conyugal responden a la realidad, de modo que,



en ocasiones, tales cambios son solo transitorios a fin de ofrecer en el juicio una imagen que favorezca las pretensiones de cada uno de los litigantes; de ahí que en estos procesos suele ser tanto más necesario acudir a la prueba indiciaria y de presunciones a fin de averiguar la realidad sobre la que debe operar la resolución judicial...".

Prueba indiciaria y de presunciones, respaldada legalmente en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite aseverar que la realidad económica del recurrente es diversa de la que formalmente se documenta. Así, en cuanto a la entidad mercantil "ISLA VERDE LA PALMA S.L.", no puede admitirse, suficientemente acreditativa su inactividad, a partir de la documental fiscal aportada, por cuanto un conocimiento exhaustivo de su auténtica realidad económica, requeriría de la aportación de toda la documental contable relativa a las cuentas anuales presentadas ante el Registro Mercantil; formalización de los acuerdos pertinentes en orden a la iniciación del correspondiente proceso de disolución y liquidación, atendida la pretendida inactividad de la entidad, etc. Prueba que competía aportar a la parte demandada, ya que siendo cierto que el art. 217 en relación con el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al actor la carga de probar los hechos en que funda su pretensión, de acuerdo con la conocida regla "incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat", también lo es que la misma no tiene un valor absoluto y axiomático. Siendo así que matizando la moderna doctrina el alcance del principio del "onus probandi" que el antiguo artículo 1214 del Código Civil sancionaba, en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue, no pudiendo admitirse como norma absoluta, que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios; que si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos, u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1986 y 13 de diciembre de 1989); y que finalmente, la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados, y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1986, 18 de mayo y 15 de julio de 1988, 17 de junio y 23 de septiembre de 1989). Recurso a la facilidad probatoria que consagrada jurisprudencialmente ha pasado a conformar nuestro derecho positivo, a la luz de lo preceptuado en el art. 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto dispone que "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Por lo mismo que tampoco se puede, al amparo del conjunto probatorio obrante en autos, y especialmente de la situación de indivisión en que se mantiene parte del patrimonio familiar y su explotación por el conjunto de la familia extensa del demandado (padre y hermanos/as), desconocer la vinculación empresarial del demandado con la entidad, LOS LAURELES 102 S.A., por más que documentalmente figure como administrador único de la misma, don Nazario, padre del demandado. Vinculación empresarial que fue reconocida de forma clara y con total rotundidad por el testigo, el Sr. Nazario, que a lo largo del interrogatorio manifestó que todos sus hijos han colaborado siempre en la explotación de sus negocios, que toda la actividad empresarial de la familia se ha realizado por todos en común, y específicamente por el demandado, que ha estado siempre a su lado, aprendiendo la gestión empresarial, ya que "veía en éste a su sucesor". Colaboración que, si bien como admitió el testigo, no se tradujo nunca en la percepción periódica de unos emolumentos, de los que desde luego no hay rastro documental en las actuaciones, no cabe pensar que no fuera objeto de la correspondiente contraprestación económica, como por lo demás reconoció el testigo, que admitió la existencia de dicha compensación dineraria, bien en ocasiones con la entrega en efectivo, bien cubriendo las necesidades de todo orden de la familia de los litigantes.

Asimismo, estimados revelador del importante patrimonio del recurrente, y del alto nivel económico del que hasta ahora ha disfrutado la familia, no sólo los diversos viajes realizados por toda la geografía peninsular así como por el extranjero, atendidas las declaraciones de la actora, del propio demandado, y las testificales de las hijas del matrimonio, y del Sr. Nazario, o la elección de un centro privado para la formación educativa básica de aquéllas, sino también la disponibilidad económica que evidencia atender a los cuantiosos gastos de matrícula, alojamiento en un Centro Residencial, viajes, etc. que generó los estudios de la hija mayor del matrimonio, que cursó su formación universitaria de periodismo, (Título Universitario que expide la Universidad de La Laguna) en un Centro Privado, en un distrito universitario muy alejado de nuestras Islas.

Del mismo modo, también contribuye a la determinación del elevado patrimonio del demandado, y elevado status de la familia, los importantes rendimientos que se perciben por la explotación de diversos inmuebles, a que se refiere la documental obrante a los folios 51 y siguientes de las actuaciones. Así como tampoco se puede desconocer, en aras de valorar la posición y nivel económico del demandado, la titularidad de diversos vehículos (Porsche Carrera, Mercedes Benz, Rolls-Royce, y motocicleta marca BMW) cuya antigüedad en este caso, no desmerece su valor económico, ya que el prestigio de sus marcas, y otras características de los mismos, los convierten en auténticas piezas de museo, así como las embarcaciones deportivas de las que es titular efectivo, más allá de su titularidad formal.



Por todo ello estimamos que la conclusión de la sentencia recurrida acerca del montante de la pensión alimenticia de las hijas de los litigantes, debe ser mantenida, por cuanto tiene como fundamento una apreciación realizada en el plano jurídico de los diversos elementos probatorios existentes, partiendo no sólo de la capacidad económica de ambos progenitores, sino también de que los gastos de educación de las hijas son elevados y singularmente del alto nivel de vida de la familia, en la que se toman en consideración aquéllos que el Juez "a quo" consideran más relevantes para la ponderación.

y cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de don Bienvenido y doña Marina y confirmamos íntegramente la resolución recurrida, sin que proceda hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de esta apelación.

TERCERO .- 1.- La representación de **D. Bienvenido** interpuso recurso de casación basándose en los siguientes motivos:

1.- Infracción del art. 146 CC ., por vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia recurrida.

2.- Infracción del art. 97 CC ., al oponerse a la doctrina jurisprudencial emanada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias de fecha 5 de noviembre de 2008 , 3 de octubre de 2008 , 9 de febrero de 2010 , 19 de enero de 2010 , 17 de octubre de 2008 , 14 de octubre de 2008 , 1 de octubre de 2004 , 10 de febrero de 2005 , 5 de noviembre de 2008 , 10 de marzo de 2009 y 17 de julio de 2009 , en las que se determina que el requisito del desequilibrio económico que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial.

3.- Por aplicación indebida del art. 97 C.C . en cuanto a la sentencia recurrida se opone a la doctrina de las SSTS 2 diciembre 1997 , 28 abril 2005 y STS 434/2011 de 22 junio , que sostienen que la finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge que la pide, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan.

4.- Infracción del artículo 97 C.C ., al oponerse a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del TS 14-04-2011 (Rc. 701/2007), de pleno, en materia de divorcio, y concretamente en relación con la pensión compensatoria, que recuerda y ratifica las conclusiones expresadas en la sentencia del pleno de la Sala Primera del TS, de 19 enero 2010 .

5.- Infracción del art. 97 C.C ., al oponerse a la doctrina jurisprudencial emanada en relación con la posibilidad de fijar un límite temporal en la percepción de la pensión compensatoria por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las SSTS 434/2011, de 22 junio , de 14 de marzo de 2011 , 10 de febrero de 2005 , 28 de abril de 2005 , 17 de octubre de 2008 y 14 de octubre de 2008 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha dos de abril de 2013 se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Bienvenido y dar traslado al Ministerio Fiscal y a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el fiscal y la procuradora doña María del Carmen Barrera Rivas, en nombre y representación de doña Marina presentaron escritos de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día doce de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Queda acreditado que:

1. D.^a Marina y D. Bienvenido contrajeron matrimonio el 17 de octubre de 1980, en régimen de separación de bienes desde 1982, no poseen bienes en común.

2. Se separaron de hecho en el año 2008, constando orden de protección. Por lo que la convivencia la han mantenido durante 28 años efectivos.

3. Vivieron hasta la separación en vivienda en régimen de alquiler. No consta vivienda de propiedad común o exclusiva de la esposa.



4. Hasta el año 1996 se dedicó la esposa, en exclusiva, al cuidado de la familia, año en el que se incorpora al mercado laboral.
5. Del matrimonio nacieron TRES HIJAS, de 28, 20 y 7 años al tiempo de la demanda, pero dependientes económicamente la de 20 años (Manuela) y la menor.
6. La esposa es Secretaria Judicial sustituta o interina.
7. La esposa cursó los estudios de Derecho durante el matrimonio.
8. El esposo posee un importante patrimonio inmobiliario, un Rolls Royce, un Porsche Carrera, dos embarcaciones, un Mercedes Benz S 500 y se dedica a la gestión **compartida** de la empresa inmobiliaria familiar.
9. Se fijaron pensiones de 1800 euros para la hija menor, 1000 euros para la mayor (Manuela) y 1000 euros de pensión compensatoria, extremo en el que coinciden las sentencias de primera y segunda instancia.

SEGUNDO .- *Motivo primero. Infracción del art. 146 C.C ., por vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia recurrida .*

Se desestima el motivo .

Entiende el recurrente que no se ha respetado el principio de proporcionalidad, al cargar sobre él la totalidad de los gastos de alimentos de las hijas, por lo que propone la cantidad de 300 euros para cada una.

En la sentencia recurrida se analiza con precisión y minuciosidad, directamente y por remisión a la de primera instancia, los gastos de las hijas, que, sin duda, mantenían un elevado nivel de vida, acorde con los elevados ingresos del padre, fijándose la pensión en proporción a los mismos y los de la madre, no cargando sobre el padre la totalidad, pues al calcular los gastos que han determinado la fijación de la pensión abonable por el padre, no se tuvo en cuenta el importe de las necesidades alimenticias en sentido estricto, ni el vestido y calzado (FDD quinto de la sentencia del juzgado, folio 9), que, por lo tanto, recaen en la madre, unido ello a que todo ello corresponde al margen de discrecionalidad del tribunal de instancia, salvo contradicción flagrante del art. 146 del C. Civil , que no concurre en este caso (STS 11-1-2013, rec. 2590/2011).

Por ello se ha respetado el canon de la proporcionalidad, en cuanto correspondencia entre los ingresos de cada uno de los padres y las necesidades de las hijas.

La proporción que pretende el recurrente más se identifica con el desequilibrio ventajoso a su favor que con el equilibrio entre ingresos y cargas de ambos.

TERCERO .- *Motivo segundo. Infracción del art. 97 C.C ., al oponerse a la doctrina jurisprudencial emanada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias de fecha 5 de noviembre de 2008 , 3 de octubre de 2008 , 9 de febrero de 2010 , 19 de enero de 2010 , 17 de octubre de 2008 , 14 de octubre de 2008 , 1 de octubre de 2004 , 10 de febrero de 2005 , 5 de noviembre de 2008 , 10 de marzo de 2009 y 17 de julio de 2009 , en las que se determina que el requisito del desequilibrio económico que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial.*

Motivo tercero. Por aplicación indebida del art. 97 C.C . en cuanto a la sentencia recurrida se opone a la doctrina de las SSTS 2 diciembre 1997 , 28 abril 2005 y STS 434/2011, de 22 junio , que sostienen que la finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge que la pide, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan.

Motivo cuarto. Infracción del artículo 97 C.C ., al oponerse a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del TS 14-04- 2011 (Rc. 701/2007), de pleno, en materia de divorcio, y concretamente en relación con la pensión compensatoria, que recuerda y ratifica las conclusiones expresadas en la sentencia del pleno de la Sala Primera del TS, de 19 enero 2010 .

Se desestiman los tres motivos que se analizan conjuntamente al referirse todos ellos a los requisitos del art. 97 del C. Civil , para el otorgamiento de la pensión compensatoria .

Alega el recurrente que el desequilibrio ha de existir en el momento de la ruptura matrimonial y que no se han valorado los ingresos de la esposa en los últimos 16 años de matrimonio. Que no se ha valorado el desequilibrio, que no se ha tenido en cuenta que la esposa estudió la carrera de Derecho, durante el matrimonio y que lleva 16 años trabajando como Secretaria judicial sustituta. Que la sentencia recurrida valora un hecho futuro e incierto, como es la inestabilidad laboral, que no se debió tener en cuenta. El recurrente igualmente analizó la doctrina jurisprudencial sobre la pensión compensatoria.

Esta Sala en sentencia de 16 de Julio del 2013, recurso: 1044/2012 declaró:

El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero . La pensión compensatoria -declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria .

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre , 720/2011, de 19 octubre , 719/2012, de 16 de noviembre y 335/2012, de 17 de mayo 2013 .

En STS, 4 de Diciembre del 2012, recurso: 691/2010 : se fijó que:

...por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...

En STS, del 08 de Mayo del 2012, recurso: 1437/2009 , sobre el régimen de separación de bienes y la pensión compensatoria, se declara:

Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican "un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación.

A la vista de esta doctrina, es evidente que en la sentencia recurrida se han seguido las pautas jurisprudenciales y legales para fijar cuantitativamente la pensión compensatoria en unos límites económicos razonables, dado que la esposa ha atendido en exclusiva a la familia, durante muchos años, durante los que también estudió la carrera de derecho, pero las atenciones a la numerosa prole también le han impedido aspirar a un trabajo estable, pues el puesto de Secretaria Judicial es en régimen de interinidad, por naturaleza inestable y sujeto a los programas de restricción de gastos en la Administración. Todo ello unido a que ha de seguir atendiendo a una hija menor de edad.

Como hemos reflejado la pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente, que en este caso es manifiesto, dado que los ingresos son abrumadoramente dispares (STS del 22 de Junio del 2011, RC. 1940/2008) .

También se ha de tener en cuenta el régimen de separación de bienes, la inexistencia de bienes en común, y la carencia de vivienda en régimen privativo por la esposa, dado que pese al elevado patrimonio inmobiliario del esposo, se optó por el régimen de alquiler. En suma, el alto poder adquisitivo del esposo permitió un elevado nivel de vida durante el matrimonio, pero no consta que vaya a beneficiar a la esposa tras el divorcio, al no haberse incrementado el patrimonio de la misma.



CUARTO .- *Motivo quinto. Infracción del art. 97 C.C ., al oponerse a la doctrina jurisprudencial emanada en relación con la posibilidad de fijar un límite temporal en la percepción de la pensión compensatoria por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las SSTS 434/2011, de 22 junio , de 14 de marzo de 2011 , 10 de febrero de 2005 , 28 de abril de 2005 , 17 de octubre de 2008 y 14 de octubre de 2008 .*

Se desestima el motivo .

Se plantea por el recurrente la necesidad de que la pensión no sea vitalicia, dado que la pensión lo que pretende es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas. Añade que la esposa creció profesionalmente y se formó durante los años que duró el matrimonio, por lo que no ha visto mermados sus derechos económicos o su acceso al mercado laboral, pues trabajó durante la convivencia y después de romperse sigue haciéndolo.

Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria ha declarado esta Sala que:

La decisión de la Audiencia, favorable a esa temporalidad de la pensión, se asienta en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, y no se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente. En primer lugar, se ha de descartar la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que la motivó (SSTS 27 de junio y 3 de noviembre 2011). (STS, del 24 de Octubre del 2013, RC: 2159/2012).

Sobre los requisitos, juicio prospectivo y revisión casacional:

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

En la misma línea, las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005), mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006) y 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

STS, del 21 de Junio del 2013, recurso: 2524/2012 .

Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección".

STS, del 20 de Julio del 2011, recurso: 290/2009 .

Por el Ministerio Fiscal se informó:



En el presente caso, los factores que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida entendemos, como ya hemos expuesto en contestación a otros motivos, que son suficientes en cuanto a la necesidad de fijar pensión, pero sin embargo, como la esposa tiene cualificación profesional, experiencia laboral, ya que el cuidado de la familia lo ha compatibilizado con la realización de la carrera de derecho y el desempeño de la función de secretaria judicial interina, consideramos, que para evitar convertir esta pensión en una pensión vitalicia, convendría fijarla durante el período de tiempo necesario para la formación y emancipación de la hija menor, así como de la hija estudiante que convive con ella en el domicilio familiar, pues en ese tiempo se superaría el desequilibrio producido por el divorcio y al finalizar la formación de las hijas, dispondrá de más tiempo para dedicarlo a la profesión que hasta ahora ha realizado o a otra de contenido jurídico similar.

En aplicación de esta doctrina debemos entender que no procede en revisión casacional dejar sin efecto la pensión vitalicia, como pide el recurrente y acepta el Ministerio Fiscal, dado que la situación de desequilibrio es patente, y se va a perpetuar mientras la menor hija se mantenga al cuidado de la madre, que hoy tiene once años, la que exige cuidados y atenciones que le impedirán un desarrollo profesional exclusivo, y para cuando se independice económicamente la madre (nacida el NUM004 de 1963) habrá alcanzado una edad elevada, que le impedirá estabilizar sus expectativas profesionales, dado que estará bordeando la edad de jubilación.

QUINTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por **D. Bienvenido** representado por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez contra sentencia de 10 de junio de 2011 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .
2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.
3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.