



Roj: **STS 1216/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1216**

Id Cendoj: **28079110012014100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2014**

Nº de Recurso: **2840/2012**

Nº de Resolución: **165/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12305/2012,**
AAAP M 12741/2012,
STS 1216/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 489/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Jenaro , la procuradora doña Maria Dolores de Haro Martínez. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Susana Rodríguez de Plaza, en nombre y representación de doña Nieves . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Maria Dolores de Haro Martínez, en nombre y representación de don Jenaro , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Nieves y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia previos por la que trámites legales oportunos, y el recibimiento del pleito a prueba, dicte Sentencia por la que:

- Se declare la disolución por divorcio del matrimonio contraído por Doña Nieves y Don Jenaro , el día 9 de marzo de 2001, con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico matrimonial.

- Se fijen los siguientes efectos y medidas derivados de la anterior declaración:

1.- La patria potestad sobre el hijo menor del matrimonio será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor.

2.- La guarda y custodia del hijo menor de edad del matrimonio, Víctor , se atribuye a su madre.

3.- El padre disfrutará del siguiente régimen de visitas, estancias y comunicaciones:

1º.- Fines de semana alternos: El padre pasará con su hijo los fines de semana alternos, recogiénole el viernes en el domicilio familiar a las 19:00 horas, donde será reintegrado el domingo, a las 21.30 horas.

Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, prorrogando el fin de semana del progenitor a quién corresponda tener al menor en su compañía.



2º.- Visitas intersemanales. El padre recogerá todos los miércoles a su hijo en el domicilio familiar a las 19,30 horas pudiendo disfrutar del menor hasta las 21,30 horas.

3º.- Vacaciones de verano: dado que el niño acaba el curso a finales de junio, y empieza a primeros de septiembre, su periodo de vacaciones de verano comprende los meses de julio y agosto.

Cada progenitor disfrutará de su hijo dos periodos quincenales no consecutivos cuya elección corresponderá al padre en los años impares y a la madre en los años pares.

Se establecen los siguientes periodos quincenales:

-Del 1 de julio a las 11.00 h. al 15 de julio a las 11.00 h.

-Del 16 de julio a las 11.00 h., al 31 de julio a las 16.00 h.

- Del 1 de agosto a las 16.00 h. al 31 de agosto a las 16.00 h.

El progenitor al que le corresponda el turno de elección de vacaciones comunicará al otro los periodos que pasará con el niño con una antelación mínima de un mes.

Este sistema es el que se ha venido siguiendo desde que se produjo la separación de hecho, y ha funcionado correctamente. Como ya se ha mencionado anteriormente, esta forma de repartir los periodos de vacaciones durante el verano se estableció en base a que la madre, por su trabajo, sólo puede tomarse vacaciones en agosto.

4º.- Vacaciones de Navidad: Se repartirán por mitad. Se establecen dos periodos:

- Desde el día de inicio de las vacaciones escolares a las 19.00 h. hasta el día 30 de diciembre, a las 11.00 h.

- Desde el 31 de diciembre, a las 11.00 h. hasta la víspera del día de reanudación de las clases, a las 18.00 h.

La elección del periodo corresponderá al padre en los años impares y la madre en los años pares.

El periodo que se elija deberá ser preavisado con una antelación mínima de quince días.

No obstante, y dado que las tradiciones navideñas que se siguen en la familia materna y paterna del menor son diferentes, el niño pasará el día de Navidad con su madre, y Nochebuena y Reyes con su padre, para que, de esta forma, pueda tomar parte en las celebraciones y costumbres de cada una de sus familias.

5.- Vacaciones de Semana Santa: Se repartirán por mitad. Se establecen dos periodos:

- Desde el día de inicio de las vacaciones escolares a las 19.00 h. hasta el Miércoles Santo, a las 19.00 h.

- Desde el Miércoles Santo, a las 19.00 horas hasta la víspera del día de reanudación de las clases, a las 18.00 h.

El turno de elección corresponderá al padre en los años impares y a la madre en los años pares.

El periodo que se elija deberá ser preavisado con una antelación mínima de quince días.

El progenitor al que corresponda el turno de elección en cada uno de los periodos vocacionales expuestos deberá comunicar, de forma fehaciente, al otro cónyuge, y con la antelación establecida, el periodo que pasará con el niño.

La falta de preaviso por parte del progenitor al que corresponda la elección de turno le hará perder la preferencias que pasará al otro para el periodo vacacional del que se trate.

El progenitor que disfrute de un periodo vacacional con su hijo se compromete a informar al otro sobre el lugar donde se encuentra el menor y a permitir y fomentar el contacto telefónico con el otro progenitor.

6º.- Festivos intersemanales: El menor disfrutará los festivos intersemanales no unidos al fin de semana alternativamente con ambos progenitores comenzando por el progenitor no custodio.

7º.- Día del Padre: El Día del Padre el menor lo pasará con su padre, si el 19 de marzo se declara festivo, de conformidad con el calendario escolar; en caso contrario, el padre podrá disfrutar de su hijo desde las 19.00 h. hasta las 21.30 h.

8º.- Día de la Madre: El menor pasará el Día de la Madre con su progenitora. Si este día coincidiese con el cumpleaños del menor (NUM004), el padre podrá disfrutar de su hijo desde las 17.00 h. hasta las 21.30 h.

9º.- Cumpleaños del menor el menor pasará su cumpleaños con su madre hasta las 17.00 h, que será recogido por su padre, y reintegrado al domicilio familiar a las 21.30 h.

10º.- Enfermedad del menor: La madre permitirá al padre visitar al menor en el domicilio familiar en las ocasiones que este se encuentre enfermo.



En el caso de que el menor se encontrase enfermo durante algún periodo que corresponda disfrutar al padre, la madre permitirá que el padre pueda visitar al niño en el domicilio familiar y pasar con él el tiempo atribuido en ese concreto periodo.

11º.-Celebraciones familiares y similares: Ambos progenitores se comprometen a facilitar que el menor pueda estar presente en las celebraciones familiares de cada uno de ellos (bodas, Primeras Comuniones, cumpleaños etc.), siempre que así sea posible. comunicándolo con una antelación de quince días al progenitor que le corresponda disfrutar de ese concreto día.

En caso de desacuerdo, operará el régimen de visitas y estancias establecido con carácter general.

COMUNICACIONES: El progenitor no custodio podrá comunicarse diariamente con el menor, quedando obligada la progenitora custodia a fomentar este contacto telefónico diario.

La progenitora custodia vendrá obligada a informar al otro progenitor de la evolución escolar, académica o universitaria del menor, con periodicidad al menos semanal, facilitándole al efecto copia de las calificaciones escolares y de los informes generales referidos a su evolución, rendimiento y conducta en el centro docente.

Asimismo deberá informar al padre no custodio, de cuantas vicisitudes de importancia se produzcan en la vida del menor y, respecto de su salud, a poner en conocimiento inmediato del otro progenitor cualquier dolencia o enfermedad grave del menor, y a entregarle copia de cuanta documentación escrita concierne a dichas dolencias o enfermedades obre en su poder (historia médica, informes clínicos, partes médicos, etc).

4.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar; sito en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 NUM002 . de Madrid, al hijo menor de edad y a su madre, quedando este derecho de uso limitado al momento temporal en el que se produzca la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales.

Los gastos asociados al uso de la vivienda serán de cuenta de Doña Nieves , quién deberá contratar y domiciliar en su cuenta los suministros ordinarios vinculados al uso de la casa, así como las cuotas ordinarias de Comunidad de Propietarios asumiendo el coste de las reparaciones ordinarias.

5.- El padre abonará, en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo menor de edad, la cantidad de OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS mensuales, que se abonarán por meses anticipados, en los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta corriente que la madre designe al efecto. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el IPC de acuerdo con la publicación que de este índice realice el INE u organismo que lo sustituya.

6.- Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, gafas, lentillas, prótesis, ortodoncias, plantilla clases de apoyo, cursos de idiomas en el extranjero, viajes, etc.

7.- Las cuotas mensuales correspondientes a los dos préstamos hipotecarios que gravan la vivienda familiar serán satisfechos al 50% por ambos cónyuges mediante el ingreso, por cada uno ellos, del 50% de las cuotas mensuales de ambos préstamos, en la cuenta corriente donde está vinculado el pago, durante la vigencia de los mismos y subsidiariamente, que estos pagos compartidos se llevarán a cabo en la forma descrita, hasta que se liquide la sociedad de gananciales.

8.- Sin perjuicio de las correspondientes compensaciones por exceso o defecto en las cantidades abonadas por cada uno de los cónyuges, una vez que al momento de liquidación de la sociedad de gananciales se puedan conocer los porcentajes de propiedad sobre la vivienda familiar de uno y otro cónyuge, los impuestos, gastos y seguros vinculados al inmueble sito en la CALLE000 NUM000 NUM001 NUM002 de Madrid serán abonados por ambos cónyuges al 50 %.

Los impuestos cuotas ordinarias y extraordinarias de Comunidad de Propietarios y otros gastos directamente vinculados a la propiedad del inmueble sito en la AVENIDA000 n° NUM003 , Piso NUM003 de Tordesillas (Valladolid) serán abonados al 50% por ambos Cónyuge.

9.- Condena en costas a la demandada sobre la base de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- La procuradora doña Susana Rodríguez de la Plaza, en nombre y representación de doña Nieves , 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 previos los trámites legales oportunos y traslado al Ministerio Fiscal, se dicte Sentencia en la que se acuerden los siguientes extremos:

1º.- Se acuerde el divorcio de los cónyuges, Don Jenaro y Doña Nieves .



2º.- Se acuerden las siguientes medidas para regular las relaciones entre los cónyuges por los efectos del divorcio:

1.- TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

LA PATRIA POTESTAD DEL MENOR, Víctor , será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, quienes deberán decidir de forma conjunta sobre todos los aspectos importantes relativos al menor, especialmente los relativos a educación y salud del niño.

II.- DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL HIJO MENOR NACIDO DEL MATRIMONIO

LA GUARDA Y CUSTODIA del hijo menor de edad, Víctor , deberá ser atribuida a la madre, DONA Nieves , ya que ha sido siempre la madre quien se ha encargado personalmente del cuidado y atención de su hijo desde el nacimiento del menor, continuando dicho cuidado cuando el padre abandonó el domicilio familiar.

III.- REGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIONES Y ESTANCIAS PARA EL PADRE

1º.- FINES DE SEMANA ALTERNOS: El padre, recogerá al niño el viernes a las 19:00 horas, en el domicilio familiar, y lo reintegrará al mismo el domingo a las 21:30 horas.

2º.- VISITAS INTERSEMANALES: El padre recogerá al menor todos los miercoles a las 19:30 horas en el domicilio familiar y lo reintegrará a dicho domicilio a las 21:30 horas.

3º.- VACACIONES DE VERANO: Las vacaciones de verano se dividirán por periodos quincenales de estancias del menor con cada uno de los de forma no consecutiva:

-Del 1 de Julio a las 11:00 horas al 15 de Julio a las 16:00 horas.

-Del 15 de Julio a las 16:00 horas, al 31 de Julio a las 11:00 horas.

-Del 31 de Julio a las 11:00 Horas al 15 de Agosto a las 16:00 horas.

-Del 15 de Agosto a las 16:00 horas al 31 de Agosto a las 16:00 horas.

Entiende esta parte que no existirá problemas en la elección de los quince de estancia estivales, pero a fin de que dicha elección se realice de forma automática, solicita esta parte, que los años pares el padre tenga en su compañía al menor la primera quincena de Julio y la primera quincena de Agosto y los años impares el padre tenga en su compañía al menor la segunda quincena de Julio y la segunda quincena de Agosto.

4º.- VACACIONES DE NAVIDAD: Las vacaciones de Navidad se repartirán entre ambos progenitores en dos periodos:

- Primer periodo: Desde el día de inicio de las vacaciones escolares a las 19:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 11:00 horas.

- Segundo periodo: Desde el día 30 de diciembre a las 11:00 horas hasta la víspera del día de reanudación de las clases a las 18:00 horas.

Los años pares el menor estará en compañía del padre el primer periodo y con la madre el segundo y los años impares al contrario.

El padre recogerá y reintegrará al menor en el domicilio familiar a las horas señaladas.

El niño pasará el día de Navidad con su madre y el día de Nochebuena y Reyes con su padre, respetándose así las tradiciones familiares respectivas.

5º.-VACACIONES DE SEMANA SANTA: Dado que dicho periodo vacacional es relativamente corto, el menor disfrutará las vacaciones de Semana Santa cada año con uno de los progenitores alternativamente.

Los años pares el menor estará durante este periodo vacacional en compañía de la madre y los años impares en compañía del padre.

Las vacaciones de Semana Santa, comenzarán el día del inicio de dicho periodo vacacional escolar a las 19:00 horas y terminarán el día anterior a la reanudación de las clases a las 19:00 horas.

El padre recogerá y reintegrará al menor en el domicilio familiar en las horas fijadas.

6º.- FESTIVOS INTERSEMANALES: Los festivos intersemanales, se unirán al fin de semana inmediatamente posterior a dicho festivo, disfrutando por lo tanto dicho festivo, el progenitor al que le corresponda tener al menor en su compañía dicho fin de semana.



A tal efecto, el padre recogerá al menor en el domicilio materno el día anterior a dicho festivo a las 19:00 horas, y lo reintegrará al día siguiente a las 21:30 horas en el domicilio materno, en el caso de que no sea puente escolar, a fin de que el menor asista regularmente al día siguiente al colegio.

En el caso de tratarse de un puente escolar, el menor será reintegrado al domicilio materno el último día de dicho puente a las 21:30 horas.

7°.- DÍA DEL PADRE: El menor disfrutará dicho día con su padre.

8°.- DÍA DE LA MADRE: El menor disfrutará dicho día con su madre.

9°.- CUMPLEAÑOS DEL MENOR: Dado que el cumpleaños del menor es el día 2 de Mayo (Día de la Comunidad de Madrid) y por tanto, se trata de un día no lectivo, el niño pasará ese día con el progenitor al que le corresponda el fin de semana inmediatamente posterior a dicho festivo, disfrutando por lo tanto el día del cumpleaños del menor, el progenitor al que le corresponda tener al menor en su compañía dicho fin de semana.

10°.- ENFERMEDAD DEL MENOR: La madre y el padre permitirán las visitas del otro progenitor al menor, cuando éste se encuentre enfermo.

11°.- CELEBRACIONES FAMILIARES Y SIMILARES: Ambos progenitores facilitarán que el menor pueda estar presente en las celebraciones familiares de cada uno de ellos, siempre que dichas celebraciones no interfieran en el desarrollo escolar del menor, comunicándolo con una antelación de quince días al progenitor al que le corresponda disfrutar de ese día.

COMUNICACIONES: Tal y como se ha hecho hasta ahora, la SRA. Nieves , continuará informando puntualmente al padre de todos los aspectos importantes de la salud, escolaridad y estado general del niño.

IV. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El uso de la vivienda familiar, sita en la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 derecha de Madrid, será atribuido al menor, quien residirá en dicha vivienda en compañía de la madre, a quien le ha sido atribuida la guarda y custodia del menor, hasta que este cuente con capacidad económica suficiente para llevar una vida independiente, o bien y subsidiariamente, hasta el momento en el que la madre pueda proporcionar al hijo que mantiene bajo su guarda y custodia, una vivienda de similares características a la que constituye actualmente el domicilio familiar y donde ha residido el menor desde su nacimiento.

Los suministros y gastos de comunidad ordinarios de la vivienda familiar, cuyo uso se atribuye al menor, quien continuará residiendo en la misma en compañía de la madre, serán domiciliados en la cuenta bancaria de la SRA, Nieves .

V.- PENSIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO NACIDO DEL MATRIMONIO.

Atendiendo a las necesidades reales del menor y a la capacidad económica del padre, el SR. Jenaro abonará una PENSIÓN DE ALIMENTOS a favor del hijo del matrimonio por importe de 1.800.-€, (MIL OCHOCIENTOS EUROS) MENSUALES, que deberá ser ingresada del uno al Cinco de cada mes en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la esposa y que será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente I.P.C. u organismo que en el futuro lo sustituya, con efectos de uno de enero de cada año.

Además el SR. Jenaro , deberá hacerse cargo a sus solas expensas de los gastos de colegio del menor, a cuyo fin los mismos continuaran domiciliados en la cuenta bancaria del SR. Jenaro , quien deberá abonarlos como hasta ahora.

Los GASTOS EXTRAORDINARIOS del menor, deberán ser abonados en un 75% por el padre y un 25% por la madre, debido a la desigualdad salarial entre ambos progenitores.

Para la acometida de dichos gastos extraordinarios y por tanto, el pago en la proporción indicada, los mismos deberán ser acordados de mutuo acuerdo entre ambos progenitores y de no obtenerse el mismo, deberá acudir a los Tribunales a fin de que sean éstos quienes determinen la idoneidad o no de los mismos.

VI.- DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE GRAVAN LA VIVIENDA FAMILIAR DE LA CALLE000 N° NUM000 , NUM001 DERECHA DE MADRID

Dado que actualmente no puede determinarse la participación ganancial en la vivienda familiar de la CALLE000 , y además, considerando los ingresos y capacidad económica de cada uno de los cónyuges, el SR. Jenaro asumirá el pago de las hipotecas que gravan dicha vivienda, sin perjuicio de que se compensen las cantidades abonadas por exceso por el SR. Jenaro en el momento de producirse la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales.



VII.- DE LOS IMPUESTOS, GASTOS Y SEGUROS ASOCIADOS A LOS INMUEBLES SITOS EN LA CALLE000 N° NUM000 , PISO NUM001 NUM002 Y AVENIDA000 N° NUM003 , PISO NUM003 DE TORDESILLAS de VALLADOLID

La vivienda de Tordesillas deberá ser alquilada, a fin de que puedan abonarse los gastos de mantenimiento del inmueble, con los ingresos que reporte dicho alquiler.

Dado que actualmente no puede determinarse la participación ganancial en la vivienda de la CALLE000 , y además, considerando los ingresos y capacidad económica de cada uno de los cónyuges los impuestos asociados a dicha vivienda deberán ser abonados por el SR. Jenaro , sin perjuicio de la Compensación que en su momento corresponda al practicarse la oportuna liquidación de la sociedad legal de gananciales.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda formulada por la procuradora sra. de Haro Martínez, en nombre y representación de don Jenaro , contra doña Nieves , debo declarar y declaro disuelto su matrimonio por divorcio, como todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, con adopción de las medidas que constan en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución, que en aras a la brevedad de tiene aquí por reproducido. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Nieves , la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS:Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Susana Rodríguez de la Plaza en nombre y representación de Doña Nieves , contra la sentencia dictada en fecha 30 de septiembre de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia n° 80 de los de Madrid , en autos de divorcio n° 469/11, seguidos a instancia de Don Jenaro contra la citada, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de establecer en concepto de pensión de alimentos, con cargo al padre, la cuantía de 2.500 € mensuales, con efectos desde la sentencia de instancia, actualizables conforme al IPC a primero de año, correspondiendo la primera actualización en enero de 2013, pagaderos en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la esposa.*

Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada desestimando las demás pretensiones planteadas por la recurrente, todo ello sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso.

Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8 , dese a dicho depósito legal .

Se dicto auto de aclaración con fecha 26 de julio de 2012, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice: *No haber lugar a la rectificación de la sentencia dictada por la Sala de Julio de 2012 por los motivos expuestos en el Fundamentos-Jurídicos-Unico de la presente resolución.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Jenaro con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente por infracción del precepto contenido en el apartado 2º del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que establece que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente por infracción del precepto contenido en el apartado 1 del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **TERCERO**.- Al amparo del artículo 469 1. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o lógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de racionalidad constitucionalmente exigible le para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española .

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Por jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 24 de fecha 7 de Julio de 2011, n° 797/2011 , y sentencia de fecha 27 de abril de 2011 n° 491/11 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de octubre de 2013 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Susana Rodríguez de la Plaza, en nombre y representación de doña Nieves , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de Marzo del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida elevó a 2.500 euros mensuales, incluidos los gastos escolares, la pensión alimenticia que la sentencia del Juzgado había establecido a cargo del padre en 1.500 euros para el único hijo habido de la relación matrimonial, Víctor , nacido el día NUM004 de 2001. La sentencia del Juzgado razona esta prestación de la forma siguiente: *"la cantidad señalada se fija en atención a los gastos acreditados de la menor, que a la fecha actual, tiene además de los propios de su edad, relativos a su alimentación, vestido, ocio, cuidadora y los proporcionales, de los suministros de la vivienda en la que habita, los relativos a su escolarización, transporte, y material escolar, que ascienden a casi 1000 euros mensuales, dado que consta asiste a un colegio privado, donde además abona los gastos de comedor y ruta, así como las actividades extraescolares, y los libros, etc., y, teniendo en cuenta los ingresos acreditados de las partes, muy superiores los del demandante a los de la demandada, a la vista de las declaraciones para el pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de los que se desprende que el demandante ha percibido en los años 2008, 2009 y 2010, una cantidad cercana a los 150.000 euros brutos anuales mientras que los de la demandada han oscilado entre los 30.000 y 18.000 euros brutos anuales"*.

Esta sentencia fue recurrida por la esposa.

La sentencia de la Audiencia, que ahora se recurre en casación, justifica el incremento de la siguiente forma: *" ha quedado acreditado que el colegio del hijo, incluyendo el transporte, comedor, material, reserva de matrícula, así como la actividad deportiva, asciende todo ello al importe de 1.000 Eur. mensuales aproximadamente. Sobre la vivienda familiar, propiedad en parte ganancial y en parte privativa del esposo, pesan dos préstamos hipotecarios, por un importe de algo más de 1.000 Eur. mensuales, que deben afrontar por mitad. El esposo tiene un importante cargo en la empresa Yell Publicidad, habiéndose acreditado que los ingresos, fijos y variables, arrojan un resultado de 8.000 Eur. netos mensuales aproximadamente. No constan ingresos y rendimientos de una explotación de ganado caballar, que se encuentra a nombre del padre del esposo, y es propiedad de su madre, y tampoco constan ingresos y rendimientos o beneficios de la otra sociedad antes aludida, en la que aparece el esposo como gerente desde el año 1995. Ciertamente existen fondos de inversión, si bien se analizará en su momento el carácter ganancial de los mismos, en el proceso correspondiente, y sin que quepa en este momento valorar la venta de acciones realizadas en el año 2002. El esposo no tiene gastos de alojamiento, puesto que reside con su madre en una zona exclusiva de Madrid. Por su parte, la esposa es maquilladora y peluquera, de alto nivel, según se observa de los datos publicados en medios de comunicación, actúa a través de una representante, doña Matilde , de tal manera que se puede presumir con criterios de sana crítica y juicio que recibe más ingresos de los que señala, al tiempo que ocupa junto con el hijo la vivienda familiar. No puede decirse que el esposo, por el momento, obtenga beneficios económicos reales del patrimonio familiar, cuya propiedad comparte con sus hermanos. Téngase en consideración que el esposo abandonó el domicilio familiar en el año 2009, asumiendo voluntariamente el pago del colegio, hipoteca, suministros, derramas, impuesto, etc. lo cual demuestra la capacidad económica del mismo para afrontar el pago de una mayor cuantía de pensión alimenticia, si bien, llegado este momento, contradictorio en el proceso judicial, no es posible obviar la capacidad económica de la esposa, obligada también a contribuir de modo directo a la prestación alimenticia. En estas circunstancias, y por cuanto que se debe mantener el nivel de vida en beneficio de los hijos, en la medida que existan posibilidades económicas por parte de los progenitores, y en especial, del progenitor no custodio, teniendo en cuenta los gastos escolares, actividades deportivas, etc. que origina dicho hijo, la Sala entiende más ajustado a derecho establecer en concepto de pensión de alimentos el importe de 2.500 Eur. mensuales, que incluye los gastos escolares, con efectos desde la sentencia de instancia, actualizables conforme al IPC a primero de cada año, correspondiendo la primera actualización en enero de 2013. Téngase en cuenta que la Apelante interesaba la pensión alimenticia en cuantía de 1.800 Eur. y gastos escolar a cargo del padre (sobre 1.000 Eur. mensuales)"*.

La sentencia añade mas cosas. Dice que el esposo no debe afrontar la totalidad del gasto escolar y que la esposa debe contribuir " a la pretensión alimenticia de modo directo ".

D. Jenaro interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Figura también el escrito del Ministerio Fiscal, que apoya los motivos primero y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal, así como el motivo único del recurso de casación al no "valorar conforme a la prueba practicadas las actuales necesidades del menor".

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos plantean esencialmente la falta de motivación y de congruencia de la sentencia recurrida, en cuanto no establece cuantitativamente las necesidades del hijo, por lo que no es comprobable si se han seguido los criterios legales en la fijación de la pensión alimenticia. En el tercero, aun referido al error en la valoración de la prueba, lo que realmente plantea en su argumentación es también la falta de motivación.

Todos ellos se desestiman.

1.- El recurrente opina que no se motiva la sentencia en la que se le impone la cuantía de los alimentos, pero lo que realmente plantea es la correcta aplicación de la regla de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil, que tiene relación directa con la solicitud de fondo a que se refiere el recurso de casación. En cualquier caso, sobre la motivación de las sentencias, esta Sala, con reiteración, ha dicho que supone el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho, exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada con la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso concreto. No se exige que la argumentación sea exhaustiva (SSTS 26 de octubre 2011 ; 31 de enero 2014). Partiendo de este planteamiento, y de las razones que se expresan para resolver sobre los alimentos, hay que señalar que la sentencia recurrida motiva adecuadamente las cantidades que establece como alimentos, en tanto que explica de forma clara las bases del cálculo de los mismos. Contiene una lista de los tipos de gasto que incluyen los conceptos a que se refieren los arts. 93 y 142 CC, acompañados de las correspondientes valoraciones. Y si bien es cierto que podría y debería exigirse un mayor esfuerzo de valoración, también lo es que la motivación expresada en la sentencia de instancia es menor que la contenida en la sentencia de apelación, siendo así que con aquella se conformó la parte ahora recurrente, posiblemente porque su desacuerdo no es tanto con la motivación, como por la cuantía de los alimentos que se han incrementado de forma notable en la segunda instancia. La motivación fue en su momento y lo es ahora, suficiente para conocer los hechos y los criterios jurídicos esenciales que permitieron a la Audiencia llegar a la conclusión cuestionada.

2.- Tampoco se vulnera el principio de congruencia, al acordarse en apelación la retroacción de efectos del importe de la pensión alimenticia al momento en que se dictó la sentencia de 1ª Instancia, sin que fuera solicitado por la apelante en su recurso de apelación.

De acuerdo con el artículo 148 CC, las sentencias que reconozcan la obligación de prestar alimentos producen sus efectos desde la demanda. El párrafo primero de esta disposición, después de señalar que se deben desde el momento en que se produce la necesidad del alimentista, añade que "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda", tal como han recogido las SSTS de 5 octubre de 1995 ; 3 octubre de 2008 y 14 junio de 2011. Ni en la demanda ni en la contestación se determinó la fecha a partir de la cual debían prestarse los alimentos y por ello, se establecieron desde la sentencia de 1ª instancia, lo que en ningún caso resulta incongruente.

RECURSO DE CASACION.

TERCERO.- Se formula por infracción del artículo 146 del Código Civil, al no haberse respetado el principio de proporcionalidad del artículo 145 del mismo texto legal en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación, puesto que no se ha determinado previamente cuales son las necesidades del alimentista, hecho último de las pensiones, así como los medios de los obligados a hacerse cargo de las mismas.

Se desestima.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente 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 ; 26 de octubre 2011 ; 11 de noviembre 2013, 27 de enero 2014, entre otras). Pues bien, la sentencia recurrida tiene en cuenta los gastos que comporta la educación del menor en todos sus aspectos, incluido el comedor; las obligaciones que pesan sobre el matrimonio respecto



de la vivienda familiar, el hecho de que en el año 2009, asumió voluntariamente el esposo el pago del colegio, hipoteca, suministros, derramas, impuesto, etc.; el importante cargo que desempeña el esposo, que no tiene gastos de alojamiento, puesto que reside con su madre en una zona exclusiva de Madrid, y la capacidad económica de la esposa; todo lo cual tiene en cuenta para mantener el nivel de vida en beneficio del hijo. Es decir, la sentencia establece un juicio razonado de proporcionalidad en función de este conjunto de datos, que la Sala debe mantener, pues en ningún caso se justifica la existencia del interés casacional que se invoca por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales.

CUARTO. -Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por la representación legal de don Jenaro , contra la sentencia dictada por la Sección Veintidós de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de julio de 2012 , con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

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. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.