



Roj: **STS 3157/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3157**

Id Cendoj: **28079110012015100388**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2015**

Nº de Recurso: **682/2014**

Nº de Resolución: **413/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 4443/2013,**
STS 3157/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 583/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Dos Hermanas, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jesús Ángel , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Aranzazu Pequeño Rodríguez. No ha comparecido la parte recurrida. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Miguel Pérez Padilla, en nombre y representación de doña Adriana , interpuso demanda de divorcio, contra don Ceferino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: a) declare la disolución del matrimonio decretando el divorcio del matrimonio contraído por mi mandante doña Adriana y don Jesús Ángel . b) una vez sea firme la sentencia, se libre mandamiento dirigido al Registro Civil de Sevilla, para inscripción de la misma.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña María Esperanza Ponce Ojeda, en nombre y representación de don Jesús Ángel , 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 acuerde:

1º.- El divorcio del matrimonio formado por los litigantes, así como todas las prescripciones que por ministerio de la Ley hayan de disponerse.

2º.- La sustitución del sistema de medidas que hasta ahora regía entre los cónyuges en relación a las hijas menores comunes, por otro en el que se atribuya la guarda y custodia a ambos progenitores, con ejercicio, igualmente compartido, de la patria potestad y con las siguientes medidas definidoras y complementarias de dicho sistema:

a) Alternancia semanal de la convivencia de las menores con cada progenitor desde la salida del colegio los lunes hasta la entrada en el centro escolar el limes de la semana siguiente.



Para aquellos lunes en los que no haya colegio, la alternancia en la custodia se producirá en el domicilio en el que deban permanecer las menores la semana correspondiente, según lo que se disponga en relación con la medida siguiente, y a la hora normal de entrada en el colegio.

b) Uso y disfrute de la vivienda familiar (C/ Pescan, nº 22 de Dos Hermanas) compartido por periodos semanales alternos, a favor del progenitor al que corresponda la custodia de las menores. A estos efectos la alternancia en el uso de la vivienda se producirá en la misma forma y horario que el establecido para el cambio de custodia.

Alternativamente, el uso compartido de la vivienda familiar citada podrá establecerse por meses completos. En este caso, para el cumplimiento de la alternancia en la convivencia de las niñas con el progenitor de turno, en aquellos supuesto en los que el lunes no haya clases, ese día el progenitor custodio saliente deberá llevar a las menores al domicilio el progenitor custodio entrante.

c) Toma de decisiones en común respecto a las menores (médicas, terapéuticas, celebraciones de tipo religioso o social, educativas, como elección de centro...), resolviéndose por decisión judicial las cuestiones en las que no se alcance un acuerdo, sin perjuicio de las que se deban tomar con carácter de urgencia por el progenitor custodio correspondiente, atendidas las circunstancias, decisiones urgentes que habrá de comunicarse de la manera más inmediata posible al otro progenitor.

d) Periodo de vacaciones de Navidad y Semana Santa y verano, compartiendo por mitad, estableciéndose las siguientes normas

> Respecto a las Navidades, la primera parte irá desde las 12 horas del día 24 de diciembre, hasta las 12 horas del día 30, de diciembre; la segunda correrá desde las 12 horas del día 30 de diciembre hasta el 5 de enero pernoctando ese día con el progenitor al que corresponda esta segunda mitad. El Día de Reyes, esto es el 6 de enero, ambos progenitores podrán estar con sus hijas, estableciéndose dos periodos: el primero duraría hasta las 15 horas y corresponderá al progenitor que tenga la custodia en la segunda mitad de estas vacaciones, es decir, aquel con quien habrán pernoctado la noche anterior, y el segundo empezaría a las 15 horas y terminaría a las 21 horas.

> Para Semana Santa la primera mitad correría desde las 12 horas del Domingo de Ramos, hasta las 21 horas del Miércoles Santo y la segunda desde ese momento hasta las 21 horas del Domingo de Resurrección

> En cuanto a las vacaciones veraniegas, cada progenitor disfrutará de un mes completo en compañía de sus hijas, julio o agosto, pudiendo los mismos acordar otro sistema alternativo, como por ejemplo el reparto de este periodo por quincenas.

> Para todos los periodos vacacionales definidos, las menores quedarán o retornarán, en su caso, con el progenitor al que le correspondiera por turno la semana de custodia.

> Para el caso de que exista desacuerdo entre los padres, sobre el periodo concreto que les deba corresponder, la madre podrá elegir los años pares y el padre los años impares.

e) En el capítulo de alimentos para las menores cada progenitor correrá con los gastos ordinarios y generales de manutención que les generen aquellas durante el periodo en que permanezcan a su cargo.

f) Los gastos necesarios en educación y sanidad que no sean cubiertos por los sistemas públicos, aquellos que siendo extraordinarios se consideren necesarios según los usos, así como aquellos otros (extraordinarios u ordinarios) que, no siendo necesarios, se generen por acuerdo de los progenitores, serán asumidos por los mismos al cincuenta por ciento. Por el contrario, aquellos gastos extraordinarios no necesarios que voluntariamente adopte uno de los progenitores con respecto a las menores, correrán por cuenta de este.

A este respecto, se habrá de disponer que ningún progenitor tiene la obligación de contratar un seguro médico privado, sin perjuicio de que, como se solicita, ambos progenitores y por mitad atiendan aquellos que no cubran los servicios públicos de salud.

3º De manera alternativa y subsidiaria, es decir, para el caso de que no se adopte la sentencia de divorcio el sistema propuesto en el apartado anterior y en concordancia o manifestado en el hecho Quinto de este escrito, se solicita que:

a) Se declare extinguida la obligación de mi mandante de asumir el pago de un seguro médico privado, sin perjuicio, una vez más, de que los gastos sanitarios extraordinarios y necesarios que generen las hijas y que no estén cubiertos por el SAS u otros organismos públicos análogos, sean atendidos por ambos progenitores por mitad



h) Se rebaje la pensión de alimentos impuesta al Sr. Jesús Ángel , en proporción a la media en la rebaja de ingresos de mi mandante con respecto a los ejercicios 2004 y 2005.

4º- Condene en costas a la parte demandante, para el caso de considerar temeridad en su demanda, por ser Justicia que, respetuosamente, pido en Dos Hermanas, a 3 de junio de 2011.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Dos Hermanas, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es como sigue :

FALLO: Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de doña Adriana , contra don Jesús Ángel , debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio de los expresados, con todos los efectos legales, y, en especial, los que constan en los fundamentos jurídicos segundo y cuatro de la presente resolución. No se hace especial pronunciamiento en costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Jesús Ángel . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Que desestimando el recurso deducido por la representación procesal de don Jesús Ángel , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Dos Hermanas, racaída en las actuaciones de que este rollo dimana, debemos confirmar íntegramente dicha resolución, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** .la representación de don Jesús Ángel con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Basado en el supuesto del art. 469. 2. 3º de la LEC por infracción del artículo 785 2.1. de la LEC , el cual dispone que los juicios a los que el mismo se refiere se decidirán con arreglo a los hechos que haya sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. **SEGUNDO.-** Basado en el artículo 469.2 .4º de la LEC , por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución . **TERCERO.-** Basado en el mismo supuesto del artículo 469 .2. 4º de la LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1. de la Constitución .

En cuanto al **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: ÚNICO.-** Infracción por aplicación indebida del artículo 146 del Código Civil , en relación con el concepto jurídico indeterminado de "mínimo vital" relativo al quantum de la pensión de alimentos que debe abonar mi mandante respecto al que existe divergencia jurisprudencial en las Audiencia Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de enero de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que la Sala case la sentencia dictada por la Sala Segunda del AP Sevilla , en los términos que han quedado expuestos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de junio de 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de un doble recurso -infracción procesal y de casación-, a los que se ha adherido el Ministerio Fiscal, se discute el pronunciamiento de la sentencia que, en juicio de divorcio, mantiene el importe de la pensión alimenticia para cada una de los dos hijas de los litigante, y que fue fijada en el procedimiento previo de separación, en la suma de ciento cincuenta euros para cada una de ellas.

La sentencia del Juzgado desestimó la pretensión de reducir los alimentos por considerar que los trescientos euros resultaban adecuados a las necesidades de las menores y a las posibilidades del alimentante, padre de las niñas, que percibe una prestación por desempleo en ese momento de 884.34 euros.

La Audiencia Provincial confirmó dicho pronunciamiento. Dice lo siguiente: " *Tampoco puede estimarse el recurso en lo relativo a la pensión alimenticia, pues como hemos declarado en otras ocasiones se trata de una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, y su concreción vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre la prestación a satisfacer y el caudal económico y circunstancias*



del obligado en cumplirla, y en el presente caso la cuantía fijada en la sentencia apelada se estima plenamente adecuada y proporcionada a las necesidades de las alimentista y los medios económicos del alimentante aun cuando se alegue que estos han quedado reducido a la prestación por desempleo por importe de 884, 34 euros mensuales, como se declara en la sentencia apelada, pues una reducción de los ingresos o los gastos del obligado a satisfacer determinada pensión alimenticia no puede determinar la supresión o reducción de dicha prestación de alimentos cuando, como ocurre en el presente caso, constituye el mínimo vital indispensable para afrontar las necesidades básicas de las menores, razón por la cual el recurso de apelación planteado no puede prosperar".

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. Los tres tienen que ver con la prueba documental que el tribunal de apelación no tuvo en cuenta para aplicar la regla de la proporcionalidad a la prestación de alimentos. La infracción viene referida al artículo 752.1 LEC, el cual dispone que los juicios a que el mismo se refiere "se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento", y al artículo 24 de la CE. Ocurre que durante la tramitación del procedimiento, se presentaron sendos escritos posteriores a la sentencia del Juzgado que acreditaban una reducción del importe de la prestación de desempleo del recurrente hasta la cantidad de 14,20 euros al día, lo que alcanza la cifra de 426 euros al mes.

Se estima.

Es doctrina reiterada de esta Sala que la regla de la prueba presenta una excepción en el artículo 752 LEC, que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del artículo 271.1 LEC y del propio artículo 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el artículo 752.1 LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes (SSTS de 5 octubre de 2011; 25 de abril, 13 de junio y 2 de noviembre de 2011; 27 de enero 2014, entre otras).

No se trata en este caso de que la prueba se hubiere denegado, puesto que se incorporó al rollo de la Sala, sin que fuera tachada de impertinente o innecesaria, ni rechazado por cualquier otra causa. Lo que ocurre es que una vez incorporada no ha sido tenida en cuenta en la sentencia de la Audiencia Provincial, ni en un sentido ni en otro, como si ninguna incidencia se hubiera producido en la tramitación del recurso, lo que constituye una violación del artículo 24 CE puesto que, sin justificación alguna, ha sustraído de la valoración unos documentos que eran fundamentales para una decisión adecuada sobre el objeto litigioso, como es el que permite reformular la regla de proporcionalidad entre la capacidad del alimentante y las necesidades de las alimentistas.

RECURSO DE CASACION.

TERCERO.- En un único motivo se denuncia la aplicación indebida del artículo 146 del Código Civil, en relación con el llamado "mínimo vital", relativo a la cifra de alimentos que debe abonar, ofreciendo una más adecuada de cien euros al mes por cada una de las hijas.

Se estima.

Dice la sentencia de 12 de febrero de 2015 lo siguiente: "De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013)". Tratándose de menores, señala, "más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención".

Por tanto, añade, "ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, R. 2419/2013)... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante".

Ocurre así en este caso en atención a los datos incompletos de prueba que valora la sentencia recurrida. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación



de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146, y esta obligación no se cumple con la prestación alimenticia impuesta en la sentencia, que dejaría en la absoluta indigencia al alimentante, sino con la que resulta de los ingresos que obtiene en la actualidad, conforme a la documentación aportada, los cuales permiten aceptar la cifra que se propone de cien euros al mes para cada una de las hijas; cifra que se revisará en la misma forma en que se vayan incrementando o disminuyendo los ingresos del obligado al pago.

CUARTO.- Se estiman ambos recursos y no se hace especial mención en cuanto a las costas de los mismos. Tampoco de las causadas en ambas instancias, de acuerdo con lo establecido en los artículos 398 y 394, ambos de la LEC.

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

FALLAMOS

1º.- Estimar los recursos formulados por don Jesús Ángel, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha de 17 de diciembre de 2013, y, con estimación del recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Dos Hermanas el 24 de noviembre de 2011, revocamos esta en el único sentido de fijar en cien euros al mes los alimentos que deberá abonar don Jesús Ángel a cada una de las hijas del matrimonio; cifra que se revisará en la misma forma en que se vayan incrementando o disminuyendo los ingresos del obligado al pago.

2º.- Se mantiene en todo lo demás.

3º.- No se hace especial declaración de las costas causadas por los recursos.

4º.- No se imponen las costas de ninguna de las instancias.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. 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.