



Roj: **STS 1957/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1957**

Id Cendoj: **28079110012024100512**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2024**

Nº de Recurso: **4449/2023**

Nº de Resolución: **489/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 489/2024

Fecha de sentencia: 11/04/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4449/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/04/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería. Sección Primera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4449/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 489/2024

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 11 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Evelio , representado por el procurador D. José Manuel Escudero Ríos y bajo la dirección letrada de D. José María Criado Luque, contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2023 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, en el rollo de apelación n.º 1553/2022, dimanante de los autos de Modificación



de Medidas Definitivas tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Berja con el n.º 583/2019. Ha sido parte recurrida D.ª Salome , representada por la procuradora D.ª María Encarnación **López Fernández**, bajo la dirección letrada de D.ª María del Carmen Rodríguez Garrido.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. José Manuel Escudero Ríos, en nombre y representación de D. Evelio , presentó escrito solicitando la modificación de las medidas acordadas en la sentencia n.º 157/2013, de 16 de octubre de 2013, dictada en los Autos de Modificación de Medidas n.º 70/2013 y que había modificado las medidas inicialmente acordadas en la sentencia de 28 de enero de 2011 recaída en los autos de divorcio de mutuo acuerdo n.º 887/2010 del matrimonio con D.ª Salome . Con fundamento en los hechos y fundamentos de derecho expuestos solicitaba:

"[...]tener por formulada LA DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS acordadas en SENTENCIAS n.º 23/2011 DE FECHA 28 DE ENERO Y N.º 157/2013 DE 16 DE OCTUBRE, interpuesta frente a DOÑA Salome y previos los trámites oportunos y traslado al Ministerio Público, proceda en su día a dictar sentencia por la que se acuerde la modificación instada en el sentido de, acoger las siguientes medidas:

"1.- La patria potestad, tal como la guarda y custodia de la hija menor Adolfinia , serán ejercidas exclusivamente por la madre.

"La hija Africa , continuara residiendo en casa de sus abuelos paternos o donde le parezca oportuno cambiar su residencia, dada su mayoría de edad.

"2.- El régimen de comunicaciones, visitas y estancias del padre con sus hijas Africa e Adolfinia , con respecto a Africa , dada la edad de la misma 19 años y su elección, se suspenderá sin plazo de reanudación, salvo que por acuerdo de ambas partes se decida su nueva vigencia en la forma y tiempos que decidan ambas partes.

"3.- la pensión de alimentos de ambas hijas se extinguirá o en todo caso quedara reducida su cuantía a la cantidad mínima de 80 euros por hija, es decir 160 euros mensuales. A la hija mayor Africa le será abonado directamente en la cuenta que a tal fin indique y en cuanto a la hija menor Adolfinia , le será ingresado a la madre en la cuenta que a tal fin designe.

2. El Juzgado de primera instancia e instrucción de Berja n.º 1 registró la demanda de modificación de medidas en supuesto contencioso con el n.º 583/2019. Mediante decreto de 4 de noviembre de 2019 la admitió a trámite y se acordó dar traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal a fin de que se personasen y la contestasen en el plazo de veinte días hábiles. D.ª Salome compareció en el procedimiento, representada por la procuradora de los tribunales Sra. Evelio , contestando a la demanda y formulando reconvenición. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2019. Admitida a trámite la reconvenición mediante decreto de 6 de febrero de 2020, D. Evelio contestó a la reconvenición en escrito de 25 de febrero de 2020, y el Ministerio Fiscal mediante escrito de 3 de abril de 2020.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Berja dictó la sentencia n.º 108/2020, de 22 de octubre de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Que, desestimando la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Sr. Escudero Ríos, en nombre y representación de D. Evelio , contra D.ª Salome , representada por la procuradora de los tribunales Sra. Evelio , y desestimando la interpuesta por ésta contra aquél, se efectúan únicamente las siguientes modificaciones en las medidas acordadas en Sentencia N.º 157/2013, de 16 de octubre de 2013, dictada por este juzgado en los Autos de Modificación de Medidas N.º 70/2013:

"1. Se fija como régimen de visitas a favor de D. Evelio para con su hija Adolfinia el siguiente: fines de semana alternos, los sábados, desde las 10:00 hasta las 18:00 horas, debiendo el padre recoger y reintegrar a la menor en su domicilio.

"2. Se especifica que, para favorecer la comunicación de D. Evelio y su hija Adolfinia , la madre de ésta deberá facilitarle los medios e instrumentos necesarios para que dicha comunicación exista, así como promover que se dé con cierta frecuencia".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la demandada, D.^a Salome . La representación del demandante presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, con adhesión a la apelación en el pronunciamiento concerniente a la pensión de alimentos.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería que lo tramitó con el número de rollo de apelación 1553/2022 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó sentencia el 28 de marzo de 2023, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS:

" Estimamos el recurso de apelación deducido frente a la sentencia de fecha veintidós de octubre de dos mil veinte del Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción n.º 1 de Berja en los referidos autos y la impugnación efectuada, acordamos revocar la sentencia de instancia y en su lugar dictar otra por la que:

"- Se acuerda privar de la patria potestad sobre la hija menor Adolfinia , que ostenta el demandado y que será inscrita de oficio en el Registro Civil correspondiente.

"- Se fija la pensión de alimentos que el progenitor no custodio ha de abonar en la cantidad de 500 euros por ambas hijas. Cantidad que será actualizada conforme al IPC.

"Todo ello sin efectuar expresa imposición en costas de la instancia ni de la alzada.

" Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. la representación procesal de D. Evelio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo de lo establecido en el ordinal segundo del art. 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.1 El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto se fundamenta en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

"[...] PRIMER MOTIVO .- En virtud de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia recurrida por infracción de los artículos 209 y 218 LEC en relación con el art. 248.3 LOPJ y 120.3 CE, por omisión absoluta de hechos probados y de motivación en lo atinente al quantum de la pensión alimenticia fijada con cargo al progenitor no custodio, por no ser exhaustiva ni congruente la sentencia.

" SEGUNDO MOTIVO .- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por omisión de valoración de los argumentos aducidos y pruebas practicadas y, subsidiariamente, y en todo caso por error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba".

1.2 El recurso de casación se fundamenta en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

"[...]PRIMER MOTIVO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º y 477.3 de la LEC. La resolución del recurso presenta interés casacional, porque la Sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs N.º579/2014, DE 15 DE OCTUBRE y 557/2016, DE 21 DE SEPTIEMBRE). Por infracción de los artículos 93, 145 y 146 del Código Civil, y de la jurisprudencia dictada en relación a los citados preceptos.

" SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 de la LEC. Por infracción del principio "Pro Favor Filii", artículo 92 del Código Civil, y de los artículos 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y el principio número 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, en relación con los artículos 39.4 y 96 de la CE y la jurisprudencia dictada sobre el citado principio".

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por auto de 8 de noviembre de 2023 se acordó:

"[...]1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuesto por D. Evelio contra la sentencia dictada con fecha de 28 de marzo de 2023 por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 1553/2022, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 583/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Berja.

" 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo



de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

" Contra esta resolución no cabe recurso".

La representación de D.^a Salome presentó escrito en el que se oponía a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos de contrario, interesando que, en virtud de lo expuesto en el primer motivo del escrito, se acuerde la inadmisión, o, con carácter subsidiario y con fundamento en el resto de motivos de oposición, se dicte sentencia que desestime ambos recursos y, en ambos casos, con condena expresa en costas al recurrente. Conferido traslado al Ministerio Fiscal, presentó escrito de fecha 24 de enero de 2024 en el que interesa la estimación de los dos motivos del recurso por infracción procesal y la de los dos motivos del recurso de casación, debiendo revocarse la sentencia de apelación y dar validez a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Berja, por considerarla más ajustada a derecho.

3. Por providencia de 1 de marzo de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose posteriormente para la votación y fallo el día 2 de abril de 2024, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. El 28 de enero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Berja dictó sentencia decretando la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre D. Evelio y D.^a Salome y aprobando la propuesta de convenio regulador de 22 de julio de 2010 presentada por estos en la que se establecía la cantidad de 500 euros mensuales en concepto de contribución del padre a los alimentos de las hijas Africa e Adolfina nacidas el NUM000 de 2000 y el NUM001 de 2007, respectivamente.

2. El 16 de octubre de 2013, en los autos de modificación de medidas 70/2013, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Berja acordándose reducir, por acuerdo de las partes, dicha pensión de alimentos a la suma de 275 euros para las dos hijas.

3. El 31 de julio de 2019, D. Evelio interpuso una demanda de modificación de medidas en la que pidió la extinción de la mencionada pensión alimenticia o su reducción a la cantidad total de 160 euros mensuales (80 por cada hija). Y D.^a Salome se opuso a la demanda y formuló reconvenición en la que pidió que la pensión se aumentará hasta la cantidad total de 530 euros mensuales (265 por cada hija).

4. La sentencia de primera instancia considera que no procede modificar la pensión y, por lo tanto, rechaza tanto su aumento como su reducción. Para el juzgado los 275 euros fijados en concepto de alimentos para las dos hijas constituyen una cantidad proporcionada y adecuada a tenor de la situación económica y familiar tanto del padre como de sus hijas, que se califica por las siguientes circunstancias:

i) En el año 2013 D. Evelio tenía unos ingresos mensuales de unos 1200 euros, mientras que ahora, como consecuencia de una rebaja de jornada laboral impuesta por su empresa, cobra unos 670 euros.

ii) D. Evelio se casó el 14 de agosto de 2016 con D.^a Rafaela con la que tiene un hijo cuya edad es de dos años.

iii) En el año 2013 D.^a Salome cobrara unos 900/1000 euros al mes. En la actualidad, se encuentra de baja médica y cuando se reincorpore trabajara a media jornada por imposición de la empresa, cobrando unos 500 euros mensuales. Además, ha tenido con su actual pareja un niño llamado cuya edad es de 7 años.

iv) Africa es mayor de edad, ha comenzado estudios en la Universidad DIRECCION000, vive con la madre, D.^a Salome, y carece de recursos propios para independizarse. El transporte a la universidad le cuesta unos 10 euros.

v) Adolfina, la hija menor, tiene problemas de aprendizaje.

5. La sentencia de segunda instancia estima el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Salome y fija la pensión de alimentos que el Sr. Evelio debe abonar a sus hijas en la cantidad total de 500 euros al mes.

La Audiencia Provincial dice:

i) En el apartado 3 del fundamento de derecho primero que:

"La sentencia de instancia desestima la petición de modificación de medidas adoptadas en la sentencia número 157/2013, de 16 de octubre dictada en los autos de modificación de medidas número 70/2013 resolución por la que, a su vez se modificaron las medidas inicialmente acordadas en sentencia 23/2011 de 28 de enero de 2011 dictada por el juzgado en los autos de divorcio de mutuo acuerdo número 887/2010. [...]"



Respecto de la modificación de la pensión alimenticia que solicitaron ambas partes, don Evelio pretendía que se rebajase a 80 € al mes por hija y doña Salome que se aumentase a 265 € como se establecía en la originaria sentencia de divorcio y es desestimado por el juzgador de instancia atendido que en el año 2013 d. Evelio percibía unos 1200 € al mes y en la actualidad se encuentra percibiendo unos 670 €, así como que tiene en la actualidad un hijo de dos años de edad con otra progenitora. Respecto de doña Salome que, igualmente tiene otro hijo de siete años de edad, cobraba en el año 2013 unos 900/1000 € y cuando se reincorpore de la baja pasará a cobrar unos 500 €. La hija mayor de edad ha comenzado sus estudios en Almería aunque continúa viviendo con la madre, abonando unos diez euros diarios por el transporte hasta la universidad, y la hija menor de edad precisa de apoyo en los estudios. Considera por tanto que habida cuenta tales circunstancias no procede modificar la pensión a la cantidad que solicita don Evelio ni la reclamada por la actora."

ii) En el apartado 2 del fundamento de derecho tercero que:

"La documentación económica que consta aportada en orden a conocer la capacidad económica de las partes, indica que el demandante posee, al 50%, dos inmuebles de su propiedad de usos, residencial con una superficie de 66 m2 y de almacén/ estacionamiento con una superficie de 53 m2, un vehículo matriculado en el año 2017, percibiendo en el año 2019 una retribución de 9.95481 euros (unos 1500 euros mensuales como se desprende del certificado de la empresa aportado), de la entidad DIRECCION001 , y 6,509.29€ de la entidad DIRECCION002 , habiendo finiquitado la relación con la primera el 21 de febrero de 2020, aportando en el acto documentación que acredita encontrarse trabajando a media jornada y percibiendo 620 euros. La demandada percibe una retribución de RETRIBUCIÓN ILT: 7,732.83€ en el mismo año fiscal, y una retribución 406.94€ como empleada de DIRECCION003 . Es titular de un inmueble de 222 m2 y carece de vehículo."

iii) En el apartado 5 del fundamento de derecho tercero que:

"Las circunstancias económicas de ambos progenitores son similares, como se ha expuesto anteriormente y se ha acreditado la alteración de las circunstancias que fueron tenidas en consideración al modificar el importe en concepto de alimentos que fueron inicialmente acordados por los cónyuges, de hecho, el demandante se encontraba en situación de desempleo y en la actualidad, como se ha indicado se encuentra trabajando, si bien, a media jornada, acreditando ello la referida variación de la situación existente. No afecta, sin embargo a la misma, el hecho que el demandante haya decidido tener un hijo con su actual pareja [...]"

iv) En el apartado 6 del fundamento de derecho tercero que:

"Por su parte, los hijos tienen las necesidades propias de su edad que se incrementan a medida que crecen, a las que se añade la asistencia de la mayor de edad a recibir educación universitaria así como los apoyos precisos de la menor para la continuación de sus estudios, de modo que, no se aprecia que la cantidad que se establece en la sentencia pueda considerarse desproporcionada a los caudales actuales de ambos y a las necesidades de los menores, sin que justifique el apelante la razón por la que pretende se fije un importe inferior al fijado por esta Sala en concepto de mínimo vital (SAP 70/2021, de 26 de enero, que para las situaciones probadas de desempleo fija en 200 euros) para atender a las necesidades de sus hijos. Tampoco, habida cuenta la situación acreditada del demandante, se justifica la pretensión de aumentar el importe hasta la cantidad inicialmente acordada por los cónyuges en tanto que no se ha demostrado haber mejorado la situación económica del demandante en relación a la que mantenía cuando se adoptó el acuerdo sobre el importe de la pensión, y tampoco ha quedado probado que la reducción de la jornada sea debida a su exclusiva voluntad, de modo que tampoco procede acceder al aumento del importe que reclama la demandada."

v) Y en el apartado 8 del fundamento de derecho tercero que:

"No constando circunstancias de dificultad económica para el abono apelante de la obligación inherente a su cualidad de progenitor respecto de sus hijas, y siendo la cantidad totalmente proporcionada a las posibilidades del mismo y a las necesidades de los menores, procede, en este extremo revocar la resolución recurrida al haber variado la situación económica del demandante respecto de la mantenida cuando se adoptó la resolución en el año 2013, de modo que, procede establecer el importe de los alimentos en la cantidad que ambos acordaron en el año 2010, 500 euros mensuales para ambas."

6. El Sr. Evelio ha interpuesto un recurso de casación por interés casacional y un recurso extraordinario por infracción procesal. Y los recursos han sido admitidos.

La Sra. Salome se opone a los dos recursos y, además, alega, en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, causas de inadmisión.

El fiscal, por su parte, apoya los recursos y solicita su estimación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO. Motivos del recurso. Alegaciones de la recurrida y del fiscal. Decisión de la sala***Motivos del recurso*

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos:

1.1 En el motivo primero se denuncia la infracción de los arts. 209 y 218 LEC en relación con el art. 248.3 LOPJ y 120.3 CE por omisión absoluta de hechos probados y de motivación en lo atinente al quantum de la pensión alimenticia fijada con cargo al progenitor no custodio, por no ser exhaustiva ni congruente la sentencia.

El recurrente dice que "[l]a motivación del punto 8 del fundamento de derecho tercero es inexistente, y la respuesta judicial carece de toda argumentación que conecte su decisión con las normas reguladoras de la pensión de alimentos y con las circunstancias del caso, siendo totalmente contradictorio con lo expresado y analizado en los puntos 5 y 6 del mismo fundamento de derecho".

1.2 En el motivo segundo se denuncia la infracción, por el cauce del art. 469.1.4 LEC, la infracción del art. 24.1 CE por realizar la sentencia una arbitraria, irracional y contradictoria valoración de la prueba.

El recurrente alega que "La sentencia es contradictoria e incongruente, ya que si bien en el punto 6 se dice que no se justifica aumentar el importe hasta la cantidad de 500 euros acordada inicialmente por los cónyuges en el año 2010, al no haberse acreditado que ha mejorado la situación económica del Sr. Evelio, en relación a la que tenía en el año 2010, cuando se alcanzó el acuerdo sobre el importe de la pensión, sin embargo, en el punto 8, se dice todo lo contrario, cuando se afirma que ha variado la situación económica de mi representado, procediendo establecer la cantidad acordada en el año 2010, pasando por alto el acuerdo alcanzado por las partes en el año 2013".

Alegaciones de la recurrida y del fiscal

2. La recurrida se opondrá al recurso y, además, alega causas de inadmisión.

2.1 En primer lugar, dice que concurren dos causas de inadmisión, ya que el recurrente no solicitó la aclaración, la subsanación ni el complemento de la sentencia, y, además, lo que pretende en el fondo es que la sala se convierta en una tercera instancia.

2.2 A continuación afirma, para oponerse al fondo, que la sentencia está motivada y que lo que el recurrente persigue es sustituir el criterio objetivo y parcial del juez *ad quem* por el suyo propio, que es parcial e interesado.

3. El fiscal apoya el recurso al considerar que la sentencia adolece de contradicción interna y falta de motivación.

*Decisión de la sala**Motivo primero*

4. Aunque también se aluda a la falta de exhaustividad en relación con la omisión absoluta de hechos probados [aserción que no se ajusta a la realidad como se puede comprobar con la simple lectura de lo que hemos transcrito en los romanitos i) y ii) del apartado 5 del fundamento de derecho anterior, a lo que se suma que desde una perspectiva formal no es necesario que se incluya nominalmente en la sentencia una declaración de hechos probados], lo que se plantea realmente en este motivo es la incongruencia interna de la sentencia vinculada a la falta de motivación, por lo que conviene citar la reciente sentencia 63/2024, de 22 de enero en la que recordamos que:

"1.- Como dijimos en la sentencia 544/2022 de 7 de julio, los casos de la denominada incongruencia interna, es decir, de supuesta incoherencia, desajuste o falta de correspondencia entre lo razonado y lo resuelto (sentencias 9/2020, de 8 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 438/2020, de 17 de julio; 263/2021, de 6 de mayo; 575/2021, de 26 de julio; 141/2022, de 22 de febrero y 364/2022, de 4 de mayo), han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al resultar ésta irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

"2.- En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 127/2008, de 27 de octubre, en su FJ 2º, señala: "Como este Tribunal ha declarado, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye entre sus variados contenidos el que se dicte una resolución fundada en Derecho, resulta evidente que no puede reputarse como tal una Sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla (SSTC 138/1985, de 18 de octubre, FJ 8º; 16/1993, de 18 de enero, FJ 2º; y 25/2006, de 30 de enero, FJ 4º). De ahí que sólo una motivación razonada y



suficiente permita satisfacer el ejercicio del derecho a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales (STC 54/2000, de 28 de febrero, FJ 3.º).

"3.- La sentencia 278/2022, de 31 de marzo, recuerda que conforme a nuestra jurisprudencia, "la denominada 'incongruencia interna' puede tener lugar 'por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -ratio decidendi- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos' (sentencias 668/2012, de 14 de noviembre, 571/2012, de 8 de octubre, y 291/2015, de 3 de junio).".

Además, en la sentencia 792/2022, de 18 de noviembre, declaramos, para justificar el óbice de admisibilidad que se alegaba en el caso, que:

"1.ª) Es en los casos de incongruencia omisiva cuando, antes de interponer el recurso, es preciso interesar el complemento de la sentencia (art. 215 LEC) para subsanar el defecto de la pretensión no resuelta y cumplir de tal forma las exigencias del art. 469.2 LEC (p.ej. sentencia 509/2022, de 28 de junio, y las que en ella se citan), de modo que no es la vía adecuada cuando la sentencia no omite ningún pronunciamiento sino que resuelve de forma que a la parte recurrente no le resulta satisfactoria, dado que "no se le puede exigir que plantee el 'complemento', pues la finalidad de este acto procesal no es el replanteamiento de la cuestión sino la subsanación de una omisión que aquí no se ha producido" (sentencia 52/2013, de 18 de febrero).

"2.ª) También ha declarado la jurisprudencia que no procede apreciar esa causa de inadmisión cuando se denuncian infracciones cometidas por el tribunal sentenciador al tiempo de dictarse la sentencia recurrida cuya entidad sea tal que excedan del contenido normativo de los arts. 214 y 215 LEC "en cuanto más que subsanar algún defecto habría que dictar una sentencia enteramente nueva" (sentencia 341/2022, de 3 de mayo).

"3.ª) En este caso no se denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida sino su incongruencia interna y su falta de motivación [...] defecto este que, por lo ya razonado, no cabía subsanar por las excepcionales vías de los arts. 214 y 215 LEC."

5. La aplicación al caso de la doctrina anterior determina la desestimación de la causa de inadmisión alegada por la recurrida y la estimación del motivo.

Lo primero, porque la denuncia central del motivo no es la incongruencia omisiva, sino la incongruencia interna de la sentencia por desajuste entre sus razonamientos y el fallo, lo que excluye la aplicación del art. 469.2 LEC, ya que no resulta exigible la solicitud de subsanación o complemento del art. 215 LEC.

Y lo segundo, porque es cierto que lo que la sentencia razona en el apartado 6 del fundamento de derecho tercero está en contradicción con lo que argumenta después en el apartado 8 y con lo que decide en el fallo. Y así, mientras que en dicho apartado 6 sostiene que no procede aumentar la pensión de alimentos hasta la cantidad inicialmente acordada por los cónyuges (que se fijó en la propuesta de convenio regulador de 22 de julio de 2010, que después aprobó la sentencia de divorcio de 28 de enero de 2011, en 500 euros al mes para las dos hijas), ya que no se ha demostrado que la actual y acreditada situación económica del Sr. Evelio (que trabaja a media jornada y percibe 620 euros al mes, y que resulta copropietario al 50% de dos inmuebles, uno de uso con una superficie de 66 m², y otro destinado a almacén/estacionamiento con una superficie de 53 m², siendo, además, titular de un vehículo matriculado en el año 2017) sea mejor que la tenía cuando se adoptó el acuerdo, en el apartado 8 afirma, con traducción después en el fallo, que procede establecer el importe de los alimentos en la cantidad que ambos acordaron en el año 2010, es decir, 500 euros mensuales para las dos hijas.

De lo que se sigue, y así lo observa también el fiscal, que la sentencia adolece de incongruencia interna y que su motivación resulta contradictoria, por lo que, como decíamos, procede acoger el motivo y, sin necesidad de examinar el motivo segundo, estimar el recurso extraordinario por infracción procesal para dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo que se haya alegado como fundamento del recurso de casación, tal y como dispone la DF 16.ª.1.7.ª LEC.

Recurso de casación

TERCERO. *Motivos del recurso. Alegaciones de la recurrida y del fiscal. Decisión de la sala*

Motivos del recurso

1. El recurso de casación se funda, también, en dos motivos.

1.1 En el motivo primero se denuncia la infracción de los arts. 93, 145 y 146 CC y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias 579/2014, de 15 de octubre de 557/2016, de 21 de septiembre.



El recurrente alega que "[e]l pronunciamiento que hace la Sentencia, fijando una pensión de alimentos para el progenitor no custodio de 500 euros mensuales para ambas hijas, es una decisión que no se justifica, siendo arbitraria y contradictoria con los propios razonamientos de la sentencia, sin que se razone de forma lógica conforme a las reglas de proporcionalidad del art. 146 CC [...]".

1.2 En el motivo segundo se denuncia la infracción de los arts. 92 CC, 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y el principio número 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, en relación con los artículos 39.4 y 96 CE, así como la conculcación de la sentencia 393/2017, de 21 de junio.

El recurrente alega que "[l]a sentencia de la Audiencia Provincial reconoce que [... sus] ingresos [...] son de 620 euros mensuales, sin embargo no tiene en cuenta las necesidades de todos [... sus] hijos [...], en este caso las de [... mi] hijo Evelio que cuenta con apenas 4 años y 6 meses de edad."

Alegaciones de la recurrida y del fiscal

2. La recurrida se opone al recurso alegando: (i) en relación con el primer motivo, que la sentencia recurrida no infringe los preceptos legales citados ni la doctrina fijada por las resoluciones mencionadas, "[d]ado que ha existido juicio de proporcionalidad, fijando la pensión de alimentos atendiendo a la capacidad económica de los progenitores y las necesidades de las hijas"; y (ii) en relación con el segundo motivo, que "[e]n la Sentencia recurrida se razona debidamente que aun cuando es habido otro hijo por parte del padre de otra relación la misma no influye en la capacidad económica del mismo en cuanto que deben atenderse a las necesidades de las hijas, y que el mismo tiene suficiente capacidad económica, por cuanto, refleja la sentencia no sólo el salario que percibe el mismo sino también los bienes que posee. Pues se entiende por capacidad económica el sueldo, los ahorros, bienes raíces, acciones y bienes inmuebles de las partes."

2.2 El fiscal apoya los dos motivos alegando que la sentencia "[h]a realizado un juicio de proporcionalidad erróneo y arbitrario, puesto que con unos ingresos de 620 euros al mes es inasumible una pensión de 500 euros para sus hijas, siendo mucho más adecuada la cuantía de 270 euros para ellas, teniendo en cuenta que además debe atender el recurrente los derechos irrenunciables del hijo habido de otra relación, que como hemos visto tiene el mismo derecho a percibir alimentos."

Decisión de la sala

3. Los motivos que, dada su estrecha relación, procede examinar conjuntamente, se estiman por lo que decimos a continuación.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que el juicio de proporcionalidad en la fijación del *quantum* de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad (por todas, sentencia 92/2024, de 24 de enero).

Además, en la sentencia 61/2017, de 1 de febrero, declaramos:

"La sentencia 30 de abril 2013, que reproducen las sentencias de 21 de septiembre y 21 de noviembre 2016 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente:

""el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad"

"Por consiguiente, el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la sentencia, "no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante"".

En el presente caso, se ha realizado un juicio de proporcionalidad ajeno a todo canon de racionalidad, puesto que con unos ingresos de 620 euros al mes, la pensión establecida por la sentencia recurrida a cargo del recurrente de 500 euros mensuales para atender las necesidades de sus dos hijas resulta inasumible por aquel, ya que también tiene la obligación de atender las necesidades del hijo nacido con posterioridad, además de precisar el mínimo necesario para poder hacer frente a su propia subsistencia. No siendo óbice a lo anterior que



resulte titular de un vehículo, cuyas características se desconocen, o copropietario al 50% de dos inmuebles de los que lo único que se conoce es que uno es un piso de 66 m2 y otro un almacén/estacionamiento de 53 m2.

En consecuencia, procede, como decíamos, acoger los dos motivos y estimar el recurso para casar la sentencia, asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Salome en lo que se refiere a la pensión alimenticia y confirmar en este punto la sentencia de primera instancia.

CUARTO. Costas y depósitos

Al estimarse tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación, no se condena en las costas de dichos recursos a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC) y se dispone la devolución del depósito para recurrir (apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ).

FALLO

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

1.º- Estimar tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuestos por D. Evelio contra la sentencia dictada por la Sección n.º 1 de la Audiencia Provincial de Almería, el 28 de marzo de 2023, en el recurso de apelación 1553/2022, y casarla.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Salome contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera e Instrucción n.º 1 de Berja, con el n.º 108/2020, el 22 de octubre de 2020, en el procedimiento de modificación de medidas 583/2019, únicamente en lo que se refiere a la pensión alimenticia, y confirmar en este punto la sentencia de primera instancia.

3.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, y disponer la devolución del depósito para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.