



Roj: SAP O 461/2012
Id Cendoj: 33024370072012100069
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Gijón
Sección: 7
Nº de Recurso: 636/2011
Nº de Resolución: 84/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00084/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE GIJON

SECCION 007

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2011 0004161

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000636 /2011

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de GIJON

Procedimiento de origen : DIVORCIO CONTENCIOSO 0000382 /2011

APELANTES : Maite , Eliseo

Procurador/a : JULIA MARTA ORTEGA ALVAREZ, ANA ISABEL SÁNCHEZ PARDÍAS

Letrado/a : MONTSERRAT GONZALEZ RUFO, ROSA MARIA VILLAREJO ALONSO

APELADOS/A : LOS MISMOS

Procurador/a :

Ministerio Fiscal

SENTENCIA Nº 84/2012

ILMOS. SRES. PRESIDENTE DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCIA, MAGISTRADOS DON RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE Y DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.

En Gijón, a dos de Marzo de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en Gijón, los Autos de Divorcio Contencioso nº 382/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de Gijón, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) nº 636/2011, en los que aparece como parte apelante y apelada Doña Maite , representada por el Procurador de los Tribunales Doña JULIA MARTA ORTEGA ALVAREZ, asistido por el Letrado Doña MONTSERRAT GONZALEZ RUFO; y como parte apelante y apelada Don Eliseo , representado por el Procurador de los Tribunales Doña ANA

ISABEL SÁNCHEZ PARDÍAS, asistido por el Letrado Doña ROSA MARIA VILLAREJO ALONSO, además del Ministerio Fiscal en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 16 de Junio de 2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que debo declarar y declaro el divorcio del matrimonio formado por los cónyuges D. Eliseo y D^a Maite al existir causa legal para ello, con todos los efectos legales y, en especial: I.- La titularidad y ejercicio de la patria potestad se mantiene compartida en ambos progenitores. II.- Sergio convivirá y estará con su padre: 1.- Fines de semana alternos desde las 10 h. del sábado a las 20,30 h. del domingo. Los puentes escolares se unirán al fin de semana. 2.- mitad de vacaciones de navidad y semana santa, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. El primer periodo de las vacaciones de navidad finalizará siempre a las 12 h del día 31 de Diciembre. 3.- La mitad de vacaciones del verano por quincenas eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. La elección se hará con al menos dos meses de antelación. III.- El resto del tiempo estará conviviendo con la madre en el domicilio **familiar**. IV.- Se atribuye a la madre y al hijo el uso de la vivienda **familiar** y ajuar domestico. V.- el padre abonará como alimentos de su hijo: 1.- el 65 % del material escolar que se le debe comprar a principio de cada curso, lo cual sucede entre finales de agosto y finales de septiembre; y que abarcará libros, material escolar, uniforme y material deportivo. 2.- El 65% de las clases particulares o actividades extraescolares < las que acuda Sergio, por acuerdo de ambos progenitores o por autorizarlo judicialmente. 3.- 500 # mensuales. Esta cantidad, de 500 #, se abonarán entre el 1 y el 10 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que al efecto se designe y que se actualizara cada mes de enero, al alza, según las variaciones del IPC del año anterior. El primer pagos será la del mes de julio de 2011 y la primera actualización en enero de 2012. VI.- El padre abonará el 65 % y la madre el 35 % de los gastos extraordinarios del menor que se generen a partir de esta sentencia. VII.- Eliseo abonara como pensión compensatoria a Maite , durante tres años, la suma de 350 # mensuales. Esta cantidad se abonará en entre el 1 y el 10 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que al efecto se designe y se actualizará cada mes de enero, al alza, según las variaciones del IPC del año anterior. El primero pago será la del mes de julio de 2011 y la primera actualización en enero de 2012; el último pago, salvo modificación o extinción previa, será en junio de 2014. VIII.- La disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento de las costas procesales causadas "

SEGUNDO .- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de Don Eliseo , e igualmente por la representación de Doña Maite , se interpusieron recursos de apelación contra dicha resolución y admitidos a trámite, previo emplazamiento en forma legal de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, en anterior resolución se señaló fecha para la deliberación y votación del presente recurso.

TERCERO .- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado Doña MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Recurren en apelación la sentencia del juzgado de 1^a instancia nº 8 de Gijón tanto la representación de D. Eliseo para impugnar los pronunciamientos relativos a los alimentos y la pensión compensatoria, como por parte de D^{ña}. Maite en lo relativo a la pensión de alimentos del hijo menor del matrimonio.

SEGUNDO .- La sentencia apelada establece que, en concepto de alimentos, el padre abonará como alimentos a su hijo: el 65% del material escolar y el 65% de las clases particulares o actividades extraescolares, y la cantidad de 500 euros mensuales, así como el 65 % de los gastos extraordinarios del menor. En el recurso interpuesto por el padre expone que es evidente la desproporción entre las necesidades del hijo y los medios de vida del padre. En tanto que la madre en su escrito de apelación considera la cantidad de 500 euros insuficiente.

Sin entrar a considerar el porcentaje de los gastos fijados en la sentencia, con el que se ha aquietado el recurrente al incidir exclusivamente en los gastos extraordinarios, por lo que no podemos pronunciarnos sobre ellos.

Esta Sala tiene establecido con reiteración (sentencias de 27 de marzo de 2009 , 6 de mayo de 2011 , 10 de junio de 2011 y 16 de septiembre de 2011) que los alimentos se han de evaluar ponderadamente, teniendo

como norte principal la capacidad del obligado y han de proveer a las necesidades actuales y futuras de los menores, garantizando en la medida de lo posible el mantenimiento de su status, otorgando una cuantía que pueda permanecer lo más estable posible para satisfacer y adaptarse a las necesidades presentes y futuras previsibles que el desarrollo del menor vaya a precisar (sentencia de 29 de mayo de 2009), ponderando los mismos forma genérica y con visión de futuro, sin poder detenerse en el detalle de necesidades y gastos inmediatos y concretos como se hace en la apelada, y en tal sentido, resulta evidente que los ingresos actuales del obligado al pago ascienden a la cantidad 2.054 euros mensuales en cuanto trabajador de la empresa Parque Verde Asturias como comercial, sin que conste que el mismo perciba otros ingresos como se manifiesta por Dña Maite al decir que percibe dinero fuera de nómina pues dicha aseveración está carente de toda prueba sin que sea suficiente a este respecto la notas obrantes a los folios 47 a 49; el mero hecho de que se trate de una empresa **familiar** no conlleva necesariamente la ocultación de ingresos, por lo que atendiendo a los datos objetivos que constan en autos en relación a la capacidad económica del obligado al pago para sufragar las necesidades de su hijo menor de edad, es por lo que este Tribunal, tras ejercer la función revisora que le es propia y examinadas las pruebas practicadas, llega a idéntica conclusión a la que se contiene en la sentencia apelada, en relación a la cuantía que se fija de alimentos por estimar se ajusta a las necesidades del menor contempladas puestas en relación con los efectivos ingresos del padre. Por lo que ha de confirmarse en este extremo, y desestimarse, por ende, los recursos de ambas partes en este punto. Debiendo ser revocada en lo concerniente al porcentaje de contribución a los gastos extraordinarios, que estimamos debe ser fijado en el 50%, no apreciando la concurrencia de circunstancias que permitan mantener el porcentaje fijado en sentencia, pues dado lo imprevisible y eventual de los mismos, como su propio nombre indica no existen razones para que ambos progenitores no contribuyen en idéntica medida cuando se produzcan.

TERCERO .- El otro de los motivos del recurso de D. Eliseo viene referido a la pensión compensatoria que en la sentencia se fija en la cuantía de 350 euros y por un periodo de 3 años, interesando se fije en cuantía de 200 euros durante 2 años.

El TS en sentencia de 10 de diciembre de 2005 , en relación a la pensión compensatoria y respecto al art. 97 del código civil establece que: " *Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad - el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo -, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios* ".

En la sentencia del Ato Tribunal de 19 de enero de 2010 se establece los criterios que esa Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 CC y son los siguientes: " a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17-7-09), y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005 , 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009).

La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las *circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC* tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en *disposición de decidir sobre tres cuestiones*: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal"

Aplicando estos criterios interpretativos al supuesto que nos ocupa, y dado que no se cuestiona en el recurso la necesidad de fijar una pensión compensatoria a favor de la esposa, pues lo único que opone es el tiempo y cuantía, y ponderando todos los factores concurrentes como es la duración del matrimonio contraído

en el años 2000, la edad de la esposa nacida el 19-09- 1971, y el hecho de que la misma trabajó durante casi toda la duración del matrimonio desde el año 1993 hasta el 2009 hasta que se quedó en el paro, cobrando el subsidio de desempleo hasta el mes de agosto de 2011, no constando que perciba otro tipo de prestación en la actualidad, en relación todo ello con los ingresos acreditados de su esposo anteriormente reseñados, es evidente que Dña. Maite a raíz de la separación ha sufrido un desequilibrio en relación con la situación que gozaba en el matrimonio, que ha de ser paliado con una pensión compensatoria, pero que estimamos más adecuada atemperarla a un periodo de 2 años manteniendo la cuantía de 350 euros fijada en sentencia, tiempo que consideramos adecuado para compensar tal desequilibrio, revocando en este sentido la sentencia de instancia.

Aunque no sea objeto de apelación, esta Sala no puede por menos que constatar, tal como ya se dijo en anterior sentencia de 3 de febrero de 2012 , y en relación a la remisión obrante en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada a la **mediación familiar**, " *cuando sin embargo nos hallamos en el curso de un procedimiento judicial cuya ejecución ha de hacerse asimismo judicialmente (art. 117 CE) y donde los posibles pactos y acuerdos transaccionales, los llevan en todo caso los respectivos letrados que asisten a los litigantes "*.

CUARTO .- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas ni en primera ni en la segunda instancia por los recursos de ambas partes, en virtud de lo dispuesto en los arts. 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Sánchez Pardías en nombre y representación de D. Eliseo contra la sentencia dictada el día 16 de Junio de 2011 por el juzgado de Primera instancia Nº 8 de Gijón en los autos de divorcio nº 382/2011, y **DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la Procuradora Sra. Ortega Alvarez en nombre y representación de Dña. Maite contra la misma sentencia, que se REVOCA en el sentido de que ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios del menor, y que D. Eliseo deberá abonar a Dña. Maite la pensión compensatoria fijada por un periodo de dos años, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia; y sin expresa imposición de las costas de este recurso y las de la primera instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia se ha hecho pública en el día de la fecha En Gijón, a nueve de Marzo de dos mil doce.