



Roj: SAP AV 169/2012
Id Cendoj: 05019370012012100169
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Ávila
Sección: 1
Nº de Recurso: 69/2012
Nº de Resolución: 93/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MIGUEL ANGEL CALLEJO SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00093/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

Este Tribunal compuesto por los Señores **Magistrados** que se expresan al margen, ha pronunciado

EN **NO** MBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N Ú M: 93/2012

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTA

DOÑA MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

MAGISTRADOS

DON JESÚS GARCÍA GARCÍA

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En la ciudad de Ávila, a 12 de Abril de dos mil doce.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de DIVORCIO CONTENCIOSO Nº 435/2011, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 DE AVILA, RECURSO DE APELACIÓN Nº 69/2012, entre partes, de una como recurrente D. Matías , representado por la Procuradora Dª INMACULADA PORRAS POMBO, dirigido por el Letrado D. PABLO CASILLAS GONZÁLEZ, y de otra como recurrida Dª. María Teresa , representada por la Procuradora Dª. YOLANDA MUÑOZ RODRÍGUEZ y dirigida por la Letrado Dª. MARÍA ANGELES PÉREZ LÓPEZ.

Actúa como Ponente, el Ilmo. Sr. DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 DE AVILA, se dictó sentencia de fecha 9 DE ABRIL DE 2.012 , cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio de los cónyuges litigantes, Don Matías y Dª. María Teresa con los efectos legales y acordar las siguientes medidas definitivas: 1) Atribuir el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores a ambos progenitores. 2) Atribuir la guarda y custodia de los hijos menores a la madre Doña María Teresa . 3) El establecimiento, a falta de acuerdo, de un régimen de visitas a favor del padre Don Matías que en defecto de acuerdo de los padres, será de dos horas semanales desde las 11,00 horas hasta las 13,00 horas los sábados.

Sin perjuicio que pueda dicho régimen ampliarse, en trámite de ejecución de sentencia, previo informe positivo emitido por el Gabinete Técnico adscrito al Instituto de Medicina Legal de Ávila, a medida que la relación paterno-familiar mejore. La entrega y recogida de la menor se realizará en el domicilio **familiar**. 4) Atribuir el uso del domicilio **familiar** y ajuar doméstico a Doña María Teresa, sin perjuicio de los inventarios que se estimen necesarios, sacando el demandado sus objetos y demás pertenencias personales. 5) En concepto de pensión de alimentos D. Matías deberá abonar a favor de sus hijos menores la cantidad de seiscientos euros mensuales, (600,00 euros) - 300,00 euros para cada uno de ellos- dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, cantidad revalorizable automáticamente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle. Los gastos extraordinarios de los menores serán abonados entre ambos progenitores correspondiendo el 80 % al padre y el 20% a la madre. 6) en concepto de pensión compensatoria Don Matías deberá abonar a favor de Doña María Teresa las sumas de doscientos euros (200,00 euros) mensuales dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, cantidad revalorizable automáticamente conforme a la elevación de IPC que publique el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle. No procede hacer condena en costas puesto que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por D. Matías se formuló recurso de apelación contra la sentencia de fecha 12 de Enero de 2.012 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ávila alegando que el régimen de visitas del padre respecto de los hijos es muy limitado y dificultoso de cumplir ya que se concreta en dos horas semanales, los sábados de 11 a 13 horas. Se ha de tener en cuenta que el hijo Antonio tiene 16 años y Carmen 13 años, dice que por ello sería más lógico que se estableciera un régimen de visitas tal y como se señala en el suplico del recurso, no siendo adecuado en las horas de 11 a 13 de la mañana de los sábados al tener los hijos actividades extraescolares.

En segundo lugar el recurrente no está conforme con la pensión alimenticia y gastos extraordinarios, a abonar el padre respecto de los hijos; dice que son el padre y la madre los que han de prestar alimentos a los hijos, y que el padre percibe 14.531 # por jubilación, y otros 5.579 por el arrendamiento de un local de negocio, y que después de pagar a Hacienda el neto es de 19.110 #, por lo que le quedan 1.600 # mensuales de los que ha de abonar 600 # de pensión de alimentos de los hijos, 200 # de pensión compensatoria y el 80 por ciento de los gastos extraordinarios; que además ha de abonar un alquiler de 450 # mensuales y por ello entiende que el recurrente deberá de abonar 400 # mensuales y la madre 200 # por alimentos de hijos. En igual sentido estima que los gastos extraordinarios han de abonarse al 50 por ciento, e interesa que la Sala se pronuncie sobre los que son y no son gastos extraordinarios.

En tercer lugar, respecto a la pensión compensatoria fijada dice que aunque la propuso la actora en la demanda, en un determinado sentido, la demandada no reconvino y la juzgadora fijó una pensión compensatoria superior a la interesada por el actor; entiende que la pensión compensatoria nunca debería de exceder de 5 años pues la duración del matrimonio ha sido de 15 años, habiéndose dedicado al cuidado de los hijos la madre en este periodo de tiempo según sentencia, y teniendo la madre 47 años; dice que la madre ha trabajado durante 14 años con antelación al matrimonio y puede hacerlo en la actualidad en el sector de la hostelería; por lo anterior no está conforme con la fijación de una pensión compensatoria vitalicia.

Solicita que se fije como régimen de visitas y estancias del padre para con los hijos 4 horas los sábados y 4 los domingos, desde las 13 a las 17 horas, alternándose el hijo y la hija dichos horarios en sábados y domingos, **con obligación de los padres y de los hijos a someterse a una Mediación Familiar y ello sin perjuicio de poder establecer un régimen ordinario de ejecución de sentencia cuando se vayan re-estableciendo las relaciones paternofiliales.** Que se fije como pensión alimenticia a abonar por el padre a favor de los hijos la cantidad mensual de 200,00 Euros para cada uno de ellos, debiendo abonar ambos progenitores el 50 por ciento de los gastos extraordinarios que se concretan en los médicos y quirúrgicos no incluidos en la Seguridad Social y con exclusión de los existentes constante el matrimonio, relacionados en el motivo segundo de éste recurso al analizar el concepto de gastos extraordinarios. 3º.- Que se fije como pensión compensatoria a favor

de la esposa la cantidad de 200,00 Euros mensuales por un plazo de duración de 3 años desde que adquiera firmeza la sentencia. Que no se impongan las costas a ninguna de las partes litigantes.

SEGUNDO.- En cuanto al régimen de visitas de los hijos establecido en dos horas semanales, la parte recurrente pretende su modificación en el sentido peticionado anteriormente.

No existe razón para cambiar tal régimen. Se ha de estar en tal sentido al informe psicosocial (folios 244 y siguientes). Está claro que existe mala relación entre el padre y los hijos y el inicio de las relaciones ha de ser gradual teniendo en cuenta la edad de los dos hijos (16 y 13 años). No vamos a aludir al conjunto de manifestaciones efectuadas por cada parte y por los hijos en el informe. A la vista de lo anterior ha de iniciarse la relación del modo acordado, y en lo sucesivo irse incrementando, a ser posible de acuerdo entre las partes, y ello para evitar conflictos similares a los existentes en la actualidad.

No obstante, sí se acepta la petición de que el régimen de visitas sea los sábados de 15:30 a 17:30 horas para no interferir las actividades extraescolares que puedan tener los hijos los sábados por la mañana.

TERCERO.- En segundo lugar recurre el importe de la pensión alimenticia de los hijos, estimándose que ha de rebajarse en 100 # mensuales para cada uno. Ha de tenerse en cuenta que el padre percibe al año alrededor de 20.000 #, lo que le permite el abono del incremento de 200 # mensuales. Además, la madre no percibe en la actualidad remuneración alguna, por lo que sería imposible que los hijos se pudieran mantener sólo con 400 # mensuales los dos, habida cuenta de que con cargo a tales cantidades han de ser abonados todos los gastos de la vivienda etc.

El Juzgador ha fijado una cantidad mínima por alimentos para los hijos, no siendo posible rebajar la misma mientras no se demuestre que la madre ha comenzado una actividad laboral remunerada convenientemente.

Se estima también la petición de reducción del tanto por ciento en cuanto a gastos extraordinarios. Siempre se ha venido estableciendo que los mismos se abonarán por los padres en un cincuenta por ciento por cada parte, precisamente por el propio concepto de gasto extraordinario que ha de reunir los requisitos de ser necesarios e imprevistos. Ascenden al año a un importe económico bajo, por lo que lo más aceptable es abonarlos por mitad y así limitar al máximo la generación de los mismos.

Las clases de apoyo entran dentro del concepto de gasto extraordinario en la medida que son necesarias para que los hijos puedan aprobar las correspondientes asignaturas, además de que son imprevisibles, pues en unas épocas serán precisas y en otras no.

Respecto al concepto de gastos extraordinarios, no sería preciso manifestarse sobre los que se tienen por tales ya que no son limitados, pudiendo los Tribunales en ejecución de Sentencia determinar en caso de duda la inclusión o no de un determinado gasto en concreto. A título de ejemplo han de considerarse como gastos extraordinarios, y ello sin perjuicio de que otros puedan ser considerados como tales, los de carácter médico que no estén cubiertos por el sistema sanitario público, como dentista y similares, prótesis dentales; gafas prescritas por el oculista, clases de apoyo etc. Los gastos extraordinarios son aquellos que no tienen una periodicidad prefijada, ya que son dimanantes de sucesos de difícil e imprevisible previsión. No son los relativos a los teléfonos móviles de los hijos, Internet, actividades extraescolares, ni el material escolar. En cuanto al tratamiento de fisioterapia ha de ser el Juzgador de instancia el que lo determine en el caso concreto, a la vista de las circunstancias y teniendo en cuenta las premisas citadas.

CUARTO.- Por último el recurrente señala que la pensión compensatoria ha de verse reducida en el tiempo por dos razones. En primer lugar dice que la demandada no ha reconvenido en este punto y que el Juez se ha excedido en lo concedido ya que lo ha hecho por mayor importe a lo pedido por la actora. No tiene razón el actor y ello en base a lo dispuesto en el art. 770 de la L.E.Civil que establece que sólo se admitirá reconvenición cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieren sido solicitadas en la demanda.

Está claro que en este supuesto la medida de pensión compensatoria se solicitó en la demanda y la actora no ha sufrido ningún tipo de indefensión en tal sentido. Simplemente no está de acuerdo en el plazo de duración de la medida. Por ello se desestima el recurso en tal sentido.

En cuanto al plazo de duración de la medida de pensión compensatoria, en la sentencia se ha establecido de modo indefinido y no por un plazo de 3 años.

Hay que considerar que la madre tiene 47 años en la actualidad, que se ha dedicado durante unos 16 años aproximadamente al cuidado de los hijos, que no tiene medios económicos, ni cualificación profesional

a pesar de que haya trabajado antes del matrimonio en los Paradores Nacionales. El mismo padre reconoce que ha de compensarse lo anterior estableciéndose un plazo de 3 ó 5 años hasta que la madre encuentre empleo, entendiéndose que ello es posible dada la edad de la madre.

Ciertamente la madre se encuentra en edad de poder trabajar, a pesar de la crisis existente en la economía, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 99 a 101 del C.Civil, y que la madre en la actualidad no percibe remuneración alguna dicha petición se desestima.

QUINTO: De conformidad con el art. 394 y siguientes de la L.E.Civil cada parte abonará sus propias costas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

FALLAMOS:

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Matías s contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2.012 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ávila, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el siguiente sentido: 1) Se modifica al horario de visitas del padre respecto de los hijos que será los sábados de 15:30 a 17:30 horas. 2) Cada parte abonará el 50 por ciento de los gastos extraordinarios

Se confirma la Sentencia en el resto de los pronunciamientos

Cada parte abonará sus propias costas en esta alzada

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos