



Roj: SAP T 539/2012
Id Cendoj: 43148370012012100150
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Tarragona
Sección: 1
Nº de Recurso: 602/2011
Nº de Resolución: 175/2012
Procedimiento: Incidente
Ponente: ANTONIO CARRIL PAN
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM. 602/2011

DIVORCIO NUM. 10/2010

JUZGADO INSTRUCCIÓN 1 VALLS

EXCLUSIVO VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

S E N T E N C I A N U M . 1 7 5 / 1 2

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

D^a M^a Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Díaz Muyor

En Tarragona, a 11 de mayo de 2012.

Visto ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial los recursos de apelación interpuestos por Vanesa , representada por el Procurador Sr. Fabregat y defendida por el Letrado Sr. López García, y Remigio , representado por la Procuradora Sra. Buñuel y defendido por la Letrada Sra. Rodríguez Jiménez, en el Rollo nº 602/2011, derivado del procedimiento de Divorcio nº 10/2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Valls, al que se opusieron respectivamente la parte contraria a cada uno de ellos, siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D^a Vanesa representada por el procurador de los tribunales D. Albert Sole Poblet y asistida del letrado D. Fernando Jose López García; contra el demandado D. Remigio representado por el procurador de los tribunales D. Francisco Moreno Soler y asistido del letrado D^a Alejandra Rodríguez Jimenez, y por ello: 1ª) Declaro la disolución del matrimonio por divorcio de D^a Vanesa y D. Remigio revocándose todos los poderes que uno y otro se hubieren otorgado hasta hoy y con los siguientes efectos: 1)La patria potestad sobre los dos hijos menores comunes Bernardino (nacido el NUM000 de 1999) y Modesta (nacida NUM001 de 1998) se ostentará conjuntamente por ambos progenitores. 2) Se desestima la pretensión de guarda y custodia compartida y se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, a la madre. 3)Se fija un régimen tan amplio como sea posible de comunicaciones del progenitor (padre o madre) que en cada momento no esté con los hijos y éstos y, en defecto del siempre deseable

acuerdo entre las partes, el progenitor que no tenga a los hijos en su compañía, sea el padre o la madre, podrá comunicar con ellas telefónicamente debiendo facilitar tal comunicación sin interferencias el progenitor que en ese momento las tenga en su compañía. 4) Se atribuye el uso del domicilio conyugal sito en c/ DIRECCION000 núm. NUM002 - NUM003 - NUM004 y del ajuar **familiar** se atribuye a la madre y a los hijos. 5) El régimen de visitas a favor del padre, será el que sigue, salvo acuerdo entre los progenitores: a) Fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta las 21 horas del domingo, ampliándose en caso de festivos y puentes. b) Un día intersemanal El miércoles el, padre disfrutará de la compañía de sus hijos desde la salida del colegio hasta las 21 horas. c) Las vacaciones escolares de semana Santa y Navidad se dividirán por mitad eligiendo la madre en años pares y el padre en impares. En las vacaciones de verano el padre elegirá un mes (julio o agosto) los años impares y la madre los años pares. d) En todo caso las entregas y recogidas podrán realizarse por medio de terceras personas de confianza a cada progenitor. 6) Se establece como pensión de alimentos que tendrá que abonar el padre un total de 150 euros al mes por cada menor (en total 300.-euros) Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme las variaciones que experimente el IPC, tomándose como primer índice de actualización el primero que se publique después de esta sentencia. Dichas cantidades se abonarán por parte del padre entre los días 1 a 5 de cada mes, en la cuenta titularidad de la madre, que ya viene abonado. a. Los progenitores abonarán los gastos extraordinarios por mitad entendiendo por tales los gastos médicos que no se incluyan dentro de la Seguridad Social (ortodoncia, oftalmología, etc) así como los gastos de libros y material escolar de inicio de curso. Las actividades extraescolares, campamentos, etc. requerirán del mutuo acuerdo de los padres para que se abonen por mitad. La madre entregará los recibos y presupuestos justificantes de todos estos gastos al padre. b. El préstamo que se está abonando de 258,42.-euros que grava la vivienda **familiar** lo deberá abonar la actora que es la suscriptora del mismo. c. Se desestima íntegramente la demanda reconvenicional, así la solicitud de pensión compensatoria, solicitada por la actora reconvenicional. Y en consecuencia se desestima la petición de exigir el cumplimiento del acuerdo suscrito entre ambos en fecha 22 de junio de 2009. d. Se desestima la petición de liquidación del régimen económico patrimonial, por no existir bienes en común. Y no ser éste el procedimiento adecuado para interesar la reclamación económica por las cuotas de hipoteca abonadas en su caso por el Sr. Remigio sobre un bien de la Sra. Vanesa, sin perjuicio de las acciones que a ambas partes les compete en el procedimiento que corresponda, todo ello del modo expuesto en el fundamento de derecho octavo. Sin expreso pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por Vanesa y por y Remigio en base a las alegaciones que son de ver en los respectivos escritos presentados.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularan adhesión o se opusieran al mismo, por Vanesa y por y Remigio se interesó la desestimación del recurso contrario.

CUARTO.- Por Remigio se aportó escrito en la oposición al recurso contrario y se solicitó su incorporación a los autos, lo que se acordó por providencia de 21/3/2012.

QUINTO.- En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Carril Pan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelación de Vanesa pretende la elevación de la cuantía de la pensión de alimentos para los dos hijos de los litigantes, fijada a cargo del padre en 300 #, a la suma de 580, y lo hace invocando error en la apreciación de la prueba.

La apelación hace una genérica referencia a la doctrina que ampara la prestación de alimentos, y pasa a considerar unos hechos concretos que estima no debidamente valorados por la Juez a quo, como son la fijación de la suma de 400 # establecida en las medidas provisionales, cantidad que no fue satisfecha por el apelado y motivó la correspondiente reclamación judicial, si bien es de destacar que tal situación tuvo lugar en un momento en el que los litigantes se encontraban enfrentados en continuas denuncias, el padre vivía en Valls y pagaba un alquiler de 450 #, situación que, como pone de manifiesto la apelación, ha cambiado, ya que el padre vive en la casa de sus progenitores, si bien esa situación puede ser ocasional y motivada por la orden de alejamiento de la apelante, por lo que no cabe desechar la posibilidad de que, si la misma desaparece, pueda volver a alquilar una vivienda en la que vivir y poder recibir a sus hijos cuando los tenga con él, por lo que tales hechos carecen de entidad para la determinación de la cuantía de la pensión, pues no procede olvidar que el padre viene obligado a atender a las necesidades de sus hijos, pero ello no libera a la madre de hacer lo mismo, para lo que está obligada a hacer lo posible para proporcionales el sustento

correspondiente y equivalente. En tal sentido es procedente recordar la doctrina sobre la materia establecida por el TSJC en reiteradas sentencias, un ejemplo de las que lo encontramos en la de fecha 10/12/2010, según la que: El art. 267 CF como hemos declarado reiteradamente (SSTC 12/2005, de 24 de febrero , 33/2005, de 5 de septiembre y 20/2007, de 30 de mayo , 41/2008, de 11 de diciembre y 22/2010, de 31 de mayo , entre otras) establece que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de los alimentistas y los medios económicos y posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que debe considerar el binomio "necesidad" de quien ha de recibirlos y "posibilidad" de quien deba satisfacerlos, por lo cual, en cada caso concreto se habrán de ponderar ambos factores teniendo en cuenta, por lo que afecta al obligado, a los recursos propios, sus posibilidades, medios económicos e incluso las rentas y su patrimonio, como se desprende de los arts. 264.1 , 265 , 267.1 y 271. b) CF .

Tampoco cabe atender a los pretendidos ingresos del padre alegados por la madre, pues ninguna prueba hay en los autos que acredite que sus ingresos actuales alcancen la suma de 1700 #, ya que la documental existente viene a fijarlos, como suma más elevada, en 1165,63 # (folio 303).

Ahora bien, existen dos datos que justifican la elevación de la pensión de alimentos a la suma de 400 #. El primero de ellos es que el padre no aporta nada a la vivienda de los hijos, la cual proporciona la madre por ser la titular, al menos aparente, de la misma, y si bien ya ha amortizado en su totalidad la hipoteca, lo cierto es que todas los gastos correspondientes a la vivienda van únicamente a su cargo. El segundo dato es que las tablas al uso, en su función orientadora, viene a fijar para unos ingresos de 200.000 Pts. mensuales y dos hijos, una prestación equivalente a 360 euros, y las más modernas de los juzgados de Málaga, publicadas por SEPIN en 2010, para unos ingresos mensuales de 1200 #, que coinciden aproximadamente con los que recibe el padre, y los 650 de la prestación de desempleo de la madre, fija una pensión de alimentos de 374 # a cargo del progenitor no custodio, de lo que derivamos que, desechada la pretensión desmesurada y carente de justificación de la apelante respecto de la suma de 580 #, se estima procedente fijar la prestación en 400 # atendiendo a los ingresos de los progenitores y a la no participación del padre en el mantenimiento de la vivienda de los menores.

La referida cifra se fija atendiendo también a que en la actualidad el apelado no justifica otros gastos que los pretendidos 70 # de gasolina y el importe de la amortización de un préstamo personal cuya motivación y destino se ignora, habiendo desaparecido el gasto de vivienda al residir con sus padres, lo que da lugar a que cualquier cambio supondrá un reequilibrio entre esas cantidades, lo que, sin embargo, deberá ser siempre interpretado desde el punto de vista de la preferencia de los alimentos de los hijos.

SEGUNDO.- Que la estimación del recurso planteado obliga a no hacer imposición de costas por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil.

TERCERO.- La apelación de Remigio comprende la determinación de los gastos extraordinarios, manifestando su disconformidad respecto de la consideración del los libros, el material escolar, las actividades extraescolares y campamentos como tales.

En relación a los gastos extraordinarios dijimos en nuestra sentencia de 15/4/2009 que "La obligación de alimentos, según el art. 259 C. de Familia, incluye en sentido amplio todo lo relativo a mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y, si el alimentado es menor, todo lo relativo a formación. Eso permite incluir en tal obligación muchos conceptos, además de ordinarios, otros extraordinarios que no siempre pueden concretarse ni se pueden detallar o calcular su importe, pues son irregulares o de acontecer más eventual, no siendo posible relacionarlos a modo de previsión: el concepto de gastos extraordinarios viene siendo precisado por los Tribunales con carácter general y aplicable a todas las pensiones alimenticias, de manera que no es preciso ni conveniente particularizarlo en cada caso.

A su vez en la de 10 de julio de 2009 precisamos: Respecto de los gastos extraordinarios debemos señalar que no se estima adecuado su previa determinación por el Juzgador, pues su propio concepto hace que ello resulte siempre de considerable dificultad si se pretende hacer con carácter exhaustivo, debiéndose atender a su condición de no ordinario e imprevisible para su determinación, por lo que al respecto en numerosas resoluciones hemos señalado que la calificación requiere la consideración de si se trató o no de un gasto que sobrepasa del carácter de imprescindible para la educación, sustento, habitación, vestido o asistencia médica, pues éstos caen dentro del concepto usual de alimentos, por lo que los gastos extraordinarios relacionados con los anteriores deberán estar dotados de las notas de no comunes, no previsibles, pero necesarios o convenientes para el desarrollo del menor. En relación a los gastos extraordinarios y su necesidad del acuerdo previo para su fijación, venimos diciendo que "se requiere la previa determinación de su reclamación como gasto extraordinario, concepto indeterminado de no fácil concreción, y

su fijación como cantidad reclamable y ejecutable, lo que impone la necesidad de un trámite de determinación pues todo gasto extraordinario requiere de su demostración, su calificación como tal y su precisa fijación como exigible. Ahora bien su determinación y aplicación, salvo necesidad perentoria o urgente, no puede quedar a la libre y unilateral voluntad de uno de los progenitores, sino que requiere acuerdo de ambos o de la decisión judicial resolutoria del desacuerdo, y sin esos previos pasos se incumple el trámite relativo a la forma de determinar el carácter extraordinario del gasto y su posible reclamación, pues, en principio, pueden ser o no convenientes, pero no por ello se convierten en gasto necesario a soportar por cualquier economía personal, pues puede que no se consideren como gastos imprescindibles u ocasionalmente asumibles, al menos en principio, por lo que no puede invocarse razones de necesidad o urgencia que justifique una unilateral decisión de uno de los progenitores, lo que nos lleva a la necesidad de intentar el acuerdo o la decisión judicial como trámite previo para su exigencia.

Partiendo de la referida doctrina se impone señalar que, salvo supuestos especiales no descartables, los libros y el material escolar, no tienen el carácter de gastos extraordinarios, ya que son necesarios, reiterados y previsibles anualmente, por lo que se integran en el concepto de alimentos ordinarios, pero las excursiones y las actividades extraescolares tienen ese carácter extraordinario, pues teniendo en consideración que no siempre responden al interés de los menores sino de los progenitores custodios, que no son imprescindibles y que dependerán de la adecuación a las circunstancias de los menores y a las posibilidades económicas o de disponibilidad de los padres, entran directamente en el concepto de gastos extraordinarios, por lo que deben ser sometidos al régimen de fijación de los mismos por acuerdo previo de los padres o decisión supletoria de los jueces. De lo referido se deriva la estimación de la apelación y la fijación de que los gastos extraordinarios correrán a cargo de los dos progenitores por mitad, con remisión al procedimiento correspondiente para su determinación en caso de desacuerdo de los padres en su calificación y cuantificación.

CUARTO.- El segundo motivo de apelación pretende se declare la efectividad de la cláusula 5ª del convenio de **mediación** en su día firmado por ambos litigantes, convenio que después de ser alcanzado originó que la apelada, disconforme con la referida cláusula, abandonará la vía de **mediación** y presentará demanda de divorcio. La cláusula litigiosa, bajo la apariencia de una pensión compensatoria, pretendía la liquidación de una presunta copropiedad de la vivienda **familiar**, la cual figura a nombre exclusivo de la apelada, comprometiéndose ésta a abonar la apelante el 50% de su valor.

Pretende el apelante que se declare que la cláusula referida encuentra su justificación en lo que fue la realidad de los cónyuges durante los 18 años de matrimonio, ya que el inmueble se adquirió en 1995 y con independencia de su titularidad formal, siempre se consideró como patrimonio común, ya que el apelante contribuyó económicamente, muchas veces en exclusiva, al pago del préstamo hipotecario que grava la finca. Estima que el art. 76 del C. de F permite la liquidación de los bienes comunes en los procedimientos de familia.

La efectividad de los pactos extrajudiciales de naturaleza patrimonial entre cónyuges, aunque no se ratifiquen judicialmente, está reconocida por la doctrina y la jurisprudencia en base a la libertad de pactos del art 1255 del CC , pero es precisamente esa naturaleza contractual la que hace que, en caso de disputa respecto del pacto, la misma haya de ventilarse en un procedimiento ordinario al efecto y se vea excluido del ámbito de los procedimientos de separación o divorcio, cuyo objeto está limitado al establecido en el art. 770 de la LEC . La referencia al art. 76 del CF efectuada por el apelante, pretende ignorar que la vivienda **familiar** no es, al menos formalmente, un bien común sino privativo de la apelada, lo que obliga a determinar la real titularidad del inmueble con anterioridad a la pretendida liquidación o compensación, pues sin que él obtenga el reconocimiento de su pretendido derecho de copropietario o de acreedor de una suma, mal se puede proceder a liquidar lo que aparece como propiedad de un solo titular o a compensar una suma cuyo crédito le es negado por la titular del inmueble, por lo que el motivo se rechaza, **máxime si la pensión compensatoria no se pretendió en demanda y si el pacto de liquidación, recogido en la cláusula 5ª del convenio de mediación, constituye, en realidad, un pacto de liquidación de un pretendido bien en copropiedad contrario a la realidad documental y que, en el ámbito reflejado en el pacto supondría un fraude de ley al ampararse en una institución como la prestación compensatoria para en realidad liquidar una copropiedad no acreditada, aparte que la pretendida liquidación o compensación aparecía prevista para una situación de uso alterno de la vivienda que no se ha dado.**

QUINTO.- Se pretende por el apelante que si el procedimiento no es adecuado para resolver respecto del pacto 5º, deben dejarse sin efecto los pronunciamientos efectuados en la sentencia recurrida respecto del mismo.

Para resolver debemos partir de que el objeto de apelación son los pronunciamientos de la sentencia, y el apelante formuló demanda reconvenzional instando la declaración de la plena validez, eficacia y vigencia

de los obligaciones suscritas por los cónyuges en el pacto 5º y expresamente la obligación de cumplimiento de la fórmula pactada de compensación por desequilibrio patrimonial acaecido, consistente en el pago por parte de la Sra. Vanesa al Sr. Remigio del 50% del valor neto de la vivienda, valorada a fecha del inicio de la obligación, 31/12/2011, fijándose como fecha límite para cumplir con dicha obligación/compensación, el 31/12/2014.

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda reconvenicional y la solicitud de la pensión compensatoria efectuada por la actora reconvenicional y, dice que como consecuencia, desestima la petición de exigir el cumplimiento del acuerdo suscrito entre ambos litigantes en fecha de 22/6/2009, agregando que desestima la petición de liquidación del régimen económico patrimonial por no existir bienes comunes y por no ser este procedimiento adecuado para interesar la reclamación económica por las cuotas hipotecarias abonadas en su caso por el apelante.

De la comparación del suplico de la demanda reconvenicional y de fallo de la sentencia resulta claro que esté es redundante y efectúa pronunciamientos que exceden del ámbito del suplico, pues, en realidad y en sentido preciso, el fallo resultaba suficiente con la desestimación de la demanda reconvenicional y, si se quiere, con la manifestación de que el procedimiento seguido no era el adecuado para tratar del alcance del pacto 5º, pero no procede que se extienda a la inexistencia de bienes comunes ni a la improcedencia de la compensación, pues para uno y otro pronunciamiento resulta improcedente el proceso seguido, por lo que el motivo se estima.

SEXTO.- Que la estimación en parte del recurso planteado obliga a no hacer imposición de costas al apelante por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

FALLAMOS:

Que declaramos **HABER LUGAR en parte** a las apelaciones interpuestas por Vanesa y por Remigio contra la sentencia dictada el 27 de abril de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 VIDO de Valls, cuya resolución revocamos en parte, y en consecuencia:

1º) Fijamos en 400 # mensuales el importe de la pensión de alimentos fijada a cargo de Remigio para sus dos hijos, la que ha de satisfacerse en la forma y con mantenimiento de los demás pronunciamientos efectuados por la sentencia recurrida respecto de ella.

2º) Dejamos sin efecto la referencia efectuada por la sentencia recurrida a los gastos de los libros, el material escolar, las actividades extraescolares y campamentos como gastos extraordinarios, y disponemos que los gastos extraordinarios correrán a cargo de los dos progenitores por mitad, con remisión al procedimiento correspondiente para su determinación en caso de desacuerdo de los padres en su calificación y cuantificación.

3º) Dejamos sin efecto los pronunciamientos referentes a la inexistencia de bienes comunes y a la improcedencia de la compensación, al resultar improcedente el proceso seguido respecto de uno y otro.

4º) Sin hacer imposición de las costas de ambos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.