



Roj: **SAP SE 815/2018 - ECLI:ES:APSE:2018:815**

Id Cendoj: **41091370022018100193**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **08/03/2018**

Nº de Recurso: **10715/2016**

Nº de Resolución: **117/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS MARIA PIÑOL RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SEVILLA

Sección Segunda

SENTENCIA Nº 117/18

PRESIDENTE ILTMO. SR.

D. MANUEL DAMIAN ÁLVAREZ GARCÍA.

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS

D. RAFAEL MÁRQUEZ ROMERO.

D. CARLOS PIÑOL RODRÍGUEZ

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: Violencia sobre la Mujer nº1 Sevilla.

ROLLO DE APELACIÓN Nº 10715/16-F

JUICIO Nº 42/16

En la Ciudad de Sevilla a 8 de marzo de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, Juicio sobre Divorcio procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia de D^a Flora , representada por el Procurador D. Constantino Andrés de Aquino Molina, que en el recurso es parte apelante contra D. Inocencio , representado por la Procuradora D^a Noelia Flores Martínez, que en el recurso es parte apelante, y siendo parte el M^o Fiscal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 24 de Junio de 2016 en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: " FALLO.-

ESTIMADA la demanda de divorcio seguida entre D^a Flora , representada por D Constantino de Aquino Molina,y D Inocencio , representado por la Procuradora D^a Noelia Flores Martínez, **DECLARO la disolución del matrimonio** contraído por las partes el día 15 de noviembre de 2008, e inscrito en el Registro Civil de Sevilla, **con los efectos y medidas que se relacionan a continuación**, y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en costas.

1.- Atribución de la **guarda y custodia** de los tres hijos menores de edad, Milagrosa , nacida el NUM000 de 2009, Raimunda , nacida el NUM001 de 2012, y Ovidio , nacido el NUM002 de 2015, a la madre sin perjuicio de la patria potestad compartida de ambos progenitores.



2.- Régimen de **visitas** : Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con los menores el derecho a visitarlos, comunicarse con ellos, y tenerlos en su compañía en los términos y formas que establezcan ambos padres procurando el mayor beneficio de los menores, y en caso de desacuerdo, como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

a) Los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, en el caso de las dos hijas mayores/ guardería, en el caso del menor, adonde irá a recogerlos el padre, hasta el lunes, con reintegro en los respectivos centros escolares. Cuando exista una festividad escolar inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por el centro donde cursen estudios los hijos se considerará dicho periodo unido al fin de semana que corresponda a cada uno de los progenitores.

b) Entre semana, el padre podrá relacionarse con los menores, en defecto de acuerdo, los miércoles, a la salida del colegio, en el caso de las dos hijas mayores/ guardería, en el caso del menor, adonde irá a recogerlos el padre, hasta el jueves, con reintegro en los respectivos centros escolares.

c) En periodo de vacaciones corresponderá al padre la mitad de las vacaciones escolares de: Navidad (dos periodos: desde el último día lectivo, a la salida del colegio, hasta el 30 de Diciembre a las 12.00 horas, y desde el 30 de Diciembre a las 12.00 horas, hasta el día anterior al reinicio del colegio a las 20.00 horas), Semana Santa (dos periodos: desde el Viernes de Dolores a la salida del colegio, hasta el Miércoles Santo a las 12.00 horas, y desde el Miércoles Santo a las 12.00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20.00 horas), Feria (dos periodos: desde el Miércoles a las 21.00 horas hasta el Viernes a las 21.00 horas y desde el Viernes a las 21.00 horas hasta el Domingo a las 22.00 horas) y Verano (cuatro periodos alternos: desde el día 1 de Julio a las 12.00 horas hasta el 15 de Julio a las 21.00 horas; desde el 15 de Julio a las 21.00 horas hasta el 31 de Julio a las 12.00 horas; desde el 31 de Julio a las 12.00 horas hasta el 15 de Agosto a las 21.00 horas, y desde el 15 de Agosto a las 21.00 horas hasta el 1 de Septiembre a las 12.00 horas).

En caso de desacuerdo, corresponde las primeras mitades de todos los periodos en los años pares al padre y en los impares a la madre .

Durante las vacaciones escolares quedará en suspenso el régimen de visitas ordinario, el cual se reanudará a su finalización, correspondiendo el siguiente fin de semana al progenitor con el que el menor haya pasado la primera mitad de las vacaciones.

El día 6 de Enero, y con objeto de que ambas familias pueda disfrutar de la compañía de los menores, el progenitor a quien no le corresponda ese día podrá estar con ellos desde las 17 hasta las 20.30 horas. .

En todo caso, el progenitor con el que se encuentren los menores permitirá y facilitará la comunicación por escrito, teléfono, correo electrónico o cualquier medio análogo con el otro progenitor, siempre que se produzcan, salvo causa justificada, en horario que no perturbe el descanso o estudios de aquellos.

Fuera de los casos en los que expresamente se ha estipulado que las entregas y recogidas de los hijos sean el centro escolar, y con objeto de evitar conflictos entre los progenitores, las entregas y reintegro se producirán por persona intermediaria designada de común acuerdo.

3.- Se atribuye el **uso del domicilio familiar**, sito en CALLE000 , número NUM003 de DIRECCION000 , a la madre y los hijos menores.

4.- El padre deberá abonar en concepto de **alimentos** para sus tres hijos la cantidad de CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS (450 €), a razón de 150 € por cada uno de ellos. Dicha cantidad, exigible desde la fecha de la demanda, sin perjuicio de los reintegros a que hubiere lugar una vez extraído los abonos que la propia demandante reconoce haber percibido, deberá ser abonada por el demandado en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre al efecto y será revisable conforme al Índice General de Precios al Consumo, u organismo que al efecto le sustituya, sólo en el caso de inflación, sin que en ningún caso pueda ser disminuida en los supuestos de deflación.

Con independencia de dicha cantidad, ambos progenitores deberán satisfacer por mitad los gastos extraordinarios, así como todos aquellos que por su carácter especial sean ocasionados fuera del presupuesto familiar ordinario, previa acreditación de la necesidad de los mismos. Por gastos extraordinarios de los hijos se entienden los que tengan carácter excepcional, imprevisible, necesario y adecuado a la capacidad económica de ambos cónyuges -como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, logopeda, fisioterapia o rehabilitación (incluida natación) con prescripción médica, gastos de farmacia no básicos también con prescripción facultativa, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de salud de la Seguridad Social-, serán sufragados por ambos progenitores por mitad, siempre que medie previa consulta del progenitor custodio al no custodio sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial.



Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, ocio, y colegio (recibos, seguros, AMPA, matrícula, comedor, aula matinal, transporte en su caso, material escolar no subvencionado, excursiones escolares, uniformes, libros). Los gastos extraordinarios de educación son las clases de apoyo escolar. Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, música, informática, idiomas, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones necesarias de los hijos, que deben ser siempre consensuados para que pueda compartirse el gasto.

Firme que sea la resolución, tómesese nota en el Registro Civil de SEVILLA, en el que se encuentra inscrito el matrimonio de los litigantes. "

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Tras la votación y fallo quedó visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. CARLOS PIÑOL RODRÍGUEZ .

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Interpone recurso de apelación D^a Flora , solicitando que revocándose la sentencia se fije el importe de la pensión de alimentos en la cantidad de 356 € por hijo, en total 1.068 € mensuales, y se establezca una pensión compensatoria en total de 29.120,66 €; también interpone recurso de apelación D. Inocencio y solicita que se establezca la pensión de alimentos en 300 € mensuales, suspendiendo su abono los meses de Julio y Agosto; la sentencia considera adecuada la cantidad de 150 € por hijo en total 450 €, y considera que no concurren los presupuestos para reconocer a D^a Flora una pensión compensatoria; respecto a la pensión de alimentos esta se fija en 150 € por hijo, en el límite del denominado mínimo vital, en total 450 € mensuales y ello porque entiende que es una cantidad adecuada aunque no hayan podido concretarse los ingresos de Inocencio , al dar como probado que trabaja en la economía sumergida y que no es creíble que tan solo gane 300 €, además D. Inocencio ha venido trabajando como consta en el informe de vida laboral 3457 días; respecto al importe de la pensión de alimentos el T.S. en la sentencia de 2 de Marzo de 2015 dice que 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 art. 93 C.C y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe de conformidad con el art. 146 C.C .; esa cantidad recogida en la sentencia es adecuada y proporcional máxime cuando al ser para tres hijos la cantidad de 450 € mensuales tiene una cierta entidad y por tanto deberá aunque sea con esfuerzo poder ser atendida por el obligado al pago, y ello conlleva a desestimar la petición de que se establezca para los tres hijos un importe mensual de 1.068 €, de una notable entidad y que exigiría acreditar una adecuada capacidad económica para poder asumir el pago de esa importante cantidad, y es necesaria para atender de forma adecuada las necesidades materiales de los tres hijos por lo que no procede esa petición; tampoco procede acceder a la solicitada por D. Inocencio de fijarla en 100 € mensuales, muy por debajo del mínimo vital, pues aunque en algunas ocasiones se haya admitido una cantidad inferior a ese mínimo, se debe constatar una precaria situación económica que le impediría al obligado atender a ese pago; esa situación no se constata por el apelante dada la inconcreción de los ingresos; no podemos olvidar como recuerda el T.S. que la obligación de prestar alimentos es el mayor contenido ético del ordenamiento jurídico; tampoco procede la petición de que se suspenda la obligación los meses de Julio y Agosto, pues cuando se fija el importe de la pensión en un pago mensual, ya se prevee aunque explícitamente no se diga, esa situación derivada del régimen de visitas; la sentencia recoge la jurisprudencia respecto a la pensión compensatoria, y concluye que no procede acceder a la petición que plantea D^a Flora ; para determinar la procedencia de la pensión compensatoria, lo primero que se debe constatar es como dice el art. 97 C.C que se ha producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento de la situación anterior en el matrimonio y luego se deberán analizar las circunstancias que en ese artículo se recogen para cuantificarla y decidir si se establece limitación temporal; la parte recoge como motivo para que se le conceda la pensión compensatoria unos hechos que se podrán plantear en la liquidación de gananciales, que son intrascendentes para la concesión de la pensión, pues el art. 97 C.C la condiciona a que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro; como reitera el T.S. en la sentencia de 17 de Julio de 2009 su función no es erigirse en un mecanismo reequilibrador de patrimonios, ni la de ser un instrumento puramente indemnizatorio; por tanto el destino de la indemnización o a qué se destinó o si se aplicó a la empresa de D. Inocencio es cuestión que se deberá analizar en otro proceso; la sentencia del T.S. de 23 de Enero de 2012 , dice que el objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en



una situación de potencialidad e igualdad de oportunidades laborales y económicas de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial; el desequilibrio que debe compensarse debe tener un origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia; aplicando esta doctrina dado que consta que D^a Flora ha estado plenamente incorporada al mercado laboral como se acredita en su vida laboral (folio 22) de 3.463 días, y se extinguió su relación laboral en Febrero de 2015, presentándose la demanda al poco tiempo lo que constata que ha venido ejerciendo su actividad profesional durante el matrimonio y en nada le ha afectado su matrimonio, por lo que la decisión de la sentencia de no conceder la pensión, es por aplicación correcta de la doctrina que hemos referido, y procede su confirmación. No hacemos pronunciamiento sobre las costas del recurso.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimando los recursos de apelación, confirmamos la sentencia de instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Así por esta nuestra sentencia , definitivamente juzgando la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación fundado en el Art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y / o Extraordinario por Infracción Procesal.

El recurso deberá INTERPONERSE por escrito ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el siguiente a la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente y al que se acompañara copia del resguardo del DEPOSITO de 50 euros efectuado en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Segunda (4046 de Banco Santander-Sucursal Jardines de Murillo) en concepto de Recurso de Casación y, en su caso, por Infracción Procesal.

En caso de no acompañarse justificante del depósito no se dará trámite al recurso, salvo que goce de exención.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha. Doy Fe.