



Roj: **SAP NA 813/2013 - ECLI:ES:APNA:2013:813**

Id Cendoj: **31201370022013100318**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **09/10/2013**

Nº de Recurso: **331/2012**

Nº de Resolución: **182/2013**

Procedimiento: **Apelación sentencias restantes**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000182/2013

Ilmos. Sres.

Presidente

D. JOSÉ FRANCISCO COBO SAENZ

Magistrados

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO (Ponente)

D. RICARDO J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En Pamplona/Iruña , a 9 de octubre de 2013 .

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra , compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 331/2012** , derivado de autos de *Familia. Divorcio contencioso nº 301/2011* , del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña ; siendo parte *apelante* , el demandante , **D. Jesus Miguel** , r epresentado por la Procuradora D^a VIRGINIA BARRENA SOTÉS y asistido por la Letrada D^a ELENA MURILLO GAY ; parte *apelada* , la demandada , **Dña. Esperanza** , representada por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO y asistida por la Letrada D^a M^a DEL CARMEN LARRAMENDI LOPERENA , así como **EL MINISTERIO FISCAL** .

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO** .

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- Con fecha 13 de junio de 2012 , el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en autos de Familia. Divorcio contencioso nº 301/2011 , cuyo **fallo** es del siguiente tenor literal:

"ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA presentada por la Procuradora Sra. Virginia Barrena,actuando en nombre y representación de DON Jesus Miguel ,frente a DOÑA Esperanza ,representada en autos por el Procurador Sr.Jaime Ubillos,debo decretar y decreto la disolución por Divorcio del matrimonio que ambos contrajeron en Pamplona(Navarra) con fecha 20 de Mayo de 1.995,con los efectos inherentes a esa declaración y debo de adoptar y adopto las siguientes medidas definitivas:

1.-El ejercicio de la Patria Potestad sobre los hijos menores,será compartido por ambos Progenitores.

2.-Se atribuye a Doña Esperanza ,la guarda y custodia de los hijos citados.

3-Se deja abierta la posibilidad de que los hijos coman con el padre un día entre semana,si previamente les llama y éstos lo aceptan, y un día del fin de semana si previamente les llama y ellos lo aceptan.



4.-Don Jesus Miguel ,abonará a Doña Esperanza ,la cantidad de 800 Euros mensuales como contribución al sostenimiento de los dos hijos,a razón de 400 Euros por cada uno de ellos.Dicha cantidad,se ingresará en la cuenta que la madre designe al efecto,dentro de los cinco primeros días de cada mes,y se revalorizará en Enero de cada año,conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u Organismo que legalmente le sustituya.

5.-Se atribuye a la madre,el uso y disfrute de la vivienda familiar.

6.-Los gastos extraordinarios que en atención a sus hijos se produzcan,serán abonados por ambos Progenitores al 50%,tal y como quedó establecido en el Auto de Medidas Provisionales dictado.

No procede hacer expresa imposición de costas."

Asimismo recayó Auto de aclaración de fecha 29 de junio de 2012 con la siguiente **parte dispositiva** :

"DISPONGO: ACLARAR la sentencia de fecha 13 de junio de 2012 en el sentido de hacer constar en la misma, que respecto a la mascota familiar, se estará a lo pactado por las partes en el acuerdo de mediación."

E igualmente con fecha 11 de julio de 2012 se dictó Auto de aclaración con la siguiente **parte dispositiva** :

"DISPONGO: ACLARAR la sentencia de fecha 13 de junio de 2012 en el sentido de hacer constar en la misma, que los acuerdos alcanzados en Mediación, se mantendrán como pacto Inter-partes"

TERCERO .- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandante , D. Jesus Miguel .

CUARTO.- La representación procesal de la parte apelada, D^a Esperanza , se opuso al recurso de apelación solicitando su desestimación e impugnó la sentencia de instancia.

El MINISTERIO FISCAL impugnó el recurso de apelación y solicitó la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO .- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección Segunda , en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 331/2012 , habiéndose señalado el día 18 de septiembre de 2013 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, salvo en lo que se opongan a los de la presente resolución.

SEGUNDO.- La presente litis tiene su origen en la demanda formulada por la representación procesal de D. Jesus Miguel , con base en los hechos y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se dicte sentencia estimando la demanda y en la que se acuerde:

1. Decretar la disolución del matrimonio por causa de divorcio.

2.- Que la patria potestad sea ejercida por ambos progenitores, en un plano de absoluta igualdad, siendo ambos concedores (tal y como se detalla en el Acuerdo de Mediación).

3.- Que la guarda y custodia de los hijos, Trinidad y Fidel , por acuerdo de ambos progenitores, será compartida por ambos, siendo el reparto del tiempo el siguiente:

- el reparto del tiempo con los hijos se llevará dentro de criterios de flexibilidad y libertad siempre y cuando exista buena comunicación entre ambos padres.

Serán atendidos prioritariamente los intereses de los menores, respetando sus horarios de actividades escolares y extraescolares, deportivas y culturales y se articulará del modo siguiente:

Trinidad y Fidel pernoctarán en casa de su madre habitualmente, excepto los periodos vacacionales y fines de semana alternos en que se establece que permanezcan con uno y otro progenitor.

Los hijos comerán con la madre los miércoles y viernes desde la salida del colegio a medio día hasta el inicio de las actividades escolares o extraescolares que tengan en ese momento.

Trinidad y Fidel pasarán con la madre las tardes de los martes, miércoles y jueves desde la salida del colegio enlazando con la cena y pernocta.

Los hijos comerán con el padre los lunes, los martes y los jueves permaneciendo con él desde la salida del colegio a mediodía hasta la hora de inicio de las actividades escolares o extraescolares que tengan en ese



momento. Igualmente pasarán con el padre las tardes de los lunes, desde la salida del colegio por la tarde, hasta las 22 horas, después de la cena.

Los fines de semana alternos los hijos estarán con cada progenitor, de forma alterna, desde el viernes después de la cena a las 22 horas, hasta el domingo a las 21 horas antes de cenar.

En las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, se repartirán dichos períodos al 50% con cada progenitor, en caso de discrepancia en régimen rotativo eligiendo en los años pares la madre y en los impares el padre. En concreto, las vacaciones de verano, se repartirán quincenalmente cada progenitor.

4- En cuanto a la pensión de alimentos y como quiera que ambos progenitores pactaron en su Acuerdo de Mediación que la pensión de alimentos con la que deben contribuir ambos, sea de 280 euros para Trinidad y de 807 euros para Fidel ; en total 1087 euros, D. Jesus Miguel contribuirá con la cantidad de 543'50 euros; al igual que la madre, D^a Esperanza , quien contribuirá en igual cuantía, y que habrán de ser abonadas en la cuenta que ambos acuerden en los primeros cinco días de cada mes.

5.- En cuanto a los gastos extraordinarios, ambos habrán de ser satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos, considerándose tales:

- . los de material escolar y comedor
- . transporte escolar
- . estudios universitarios, estudios de formación de enseñanza superior y de capacitación profesional, escuelas superiores privadas y otras de similares características
- . posibles gastos médicos, hospitalarios y farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social: gastos oftalmológicos, ortodoncias, intervención quirúrgica, homeópata, etc.
- . ropa y calzado
- . peluquería
- . cuotas de piscina, regalos de cumpleaños, actividades culturales
- . salidas, viajes, campamentos, excursiones, cumpleaños
- . cursos en el extranjero.

Los gastos considerados necesarios tales como los seis primeros puntos, serán asumidos obligatoriamente por ambos, estando de acuerdo en el tipo de educación que desean para Trinidad y Fidel . El resto, es decir, los otros tres últimos, si ambos progenitores están de acuerdo, entonces serán asumidos por ambos. En caso contrario, el gasto deberá ser asumido en su totalidad por el que lo haya aceptado o consentido.

6.- Respecto de la mascota familiar, Escubi: D^a Esperanza y D. Jesus Miguel abonarán por mitad e iguales partes el gasto de pienso y demás utensilios de uso diario más las visitas rutinarias de vacunas periódicas en el veterinario. Estableciendo un gasto de 100 euros que será abonado al 50%. Se considerará un gasto extra que habrá de abonarse por mitad, las operaciones y guardería canina de Escubi. La mascota tendrá el mismo reparto del tiempo que Trinidad y Fidel , es decir, irá con ellos a uno y otro domicilio. Además, permanecerá con Jesus Miguel los lunes desde las 13 horas hasta las 17'30 horas del martes y los jueves desde las 13 horas hasta las 22 horas del viernes.

7.- Respecto al uso de la que fuera vivienda conyugal, sita en la C/ DIRECCION000 n NUM000 - NUM001 - NUM002 . de Pamplona (Navarra) éste se establezca en favor de la esposa e hijos, siendo ésta de su exclusiva cuenta quien ha de asumir el íntegro abono de la hipoteca, así como de todos los gastos derivados de ésta tales como seguros, contribución etc.

8 - Asimismo y como quiera que ambas partes pactaron la venta del 50% de la vivienda privativa del esposo a favor de la madre por un valor de 60.240 euros, habrá de declararse la obligación del abono por D^a Esperanza a D. Jesus Miguel de dicha cantidad en la forma pactada; es decir, a razón, desde febrero de 2010 hasta noviembre de 2014 de la cantidad de 300 euros mensuales entre los días 6º a 7º de cada mes en la cuenta que se señale; y a razón de 500 euros al mes a partir de noviembre de 2014 (fecha de finalización de la hipoteca) hasta la liquidación total de la cantidad de 60.240 euros.

9.- Igualmente y como quiera que D^a Esperanza ha cedido a D. Jesus Miguel sus acciones de la empresa "Erreka Estudios ambientales S.L.", la administración y gestión de esta mercantil será de cuenta y cargo exclusivamente de D. Jesus Miguel , sin que haya lugar a rendición de cuentas alguna a favor de la esposa.

La condena en costas a la esposa de oponerse a estas justas pretensiones.



Personada en autos la demandada D^a Esperanza contestó a la demanda, oponiéndose a la misma con base en los hechos y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se dicte sentencia por la que se decrete el divorcio de los cónyuges litigantes, acordando los siguientes efectos:

1º) La atribución conjunta a ambos progenitores del ejercicio de la patria potestad.

2º) La atribución de la guarda y custodia de los menores Trinidad y Fidel a la madre.

3º) La atribución del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar a la esposa y los hijos menores Trinidad y Fidel, por constituirse en interés más necesitado de protección.

4º) Que se conceda a los hijos Trinidad y Fidel la pensión alimenticia de 800,00 euros mensuales para cada uno de ellos, a cargo del Sr. Jesus Miguel, hasta que acaben su formación universitaria y/o profesional, y se incorporen de forma estable y efectiva en el mundo laboral, de tal manera que ello les suponga una independencia económica total y absoluta de sus progenitores. Con fecha de efectos será la de interposición de la demanda.

Las anteriores pensiones de alimentos serán ingresadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la Sra. Esperanza designe al efecto y revalorizadas cada mes de enero conforme al IPC que establezca el Instituto Nacional de Estadística u organismo público que lo sustituya, para la Comunidad Foral Navarra

5º) Los gastos extraordinarios generados por los hijos comunes Trinidad y Fidel serán abonados al 50% por cada uno de los cónyuges. Entendiendo por tales:

Los médicos, farmacéuticos, homeopáticos, psicológicos, no cubiertos por la Seguridad Social y o seguros privados de los padres.

Todos los gastos generados en el centro escolar: matrícula, libros, textos y material del curso escolar; actividades complementarias, APYMA, campamentos y viajes escolares, entre otros.

Actividades extraescolares; clases particulares de apoyo escolar e idiomas; campamentos, viajes y cursos en el extranjero.

Estudios universitarios y de capacitación profesional con sus correspondientes matrículas y textos.

Responsabilidad civil.

6º) Ambos cónyuges contribuirán al 50% al abono de las cuotas generadas por el préstamo que grava la vivienda hasta su completo pago, así como cualquier otro gasto de la vivienda imputable a la propiedad.

7º) Condena en costas.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona se dicta sentencia de divorcio en fecha 13 de junio de 2012 con el siguiente fallo:

"ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA presentada por la Procuradora Sra. Virginia Barrena, actuando en nombre y representación de DON Jesus Miguel, frente a DOÑA Esperanza, representada en autos por el Procurador Sr. Jaime Ubillos, debo decretar y decreto la disolución por Divorcio del matrimonio que ambos contrajeron en Pamplona (Navarra) con fecha 20 de Mayo de 1.995, con los efectos inherentes a esa declaración y debo de adoptar y adopto las siguientes medidas definitivas:

1.-El ejercicio de la Patria Potestad sobre los hijos menores, será compartido por ambos Progenitores.

2.-Se atribuye a Doña Esperanza, la guarda y custodia de los hijos citados.

3.-Se deja abierta la posibilidad de que los hijos coman con el padre un día entre semana, si previamente les llama y éstos lo aceptan, y un día del fin de semana si previamente les llama y ellos lo aceptan.

4.-Don Jesus Miguel, abonará a Doña Esperanza, la cantidad de 800 Euros mensuales como contribución al sostenimiento de los dos hijos, a razón de 400 Euros por cada uno de ellos. Dicha cantidad, se ingresará en la cuenta que la madre designe al efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se revalorizará en Enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u Organismo que legalmente le sustituya.

5.-Se atribuye a la madre, el uso y disfrute de la vivienda familiar.

6.-Los gastos extraordinarios que en atención a sus hijos se produzcan, serán abonados por ambos Progenitores al 50%, tal y como quedó establecido en el Auto de Medidas Provisionales dictado.

No procede hacer expresa imposición de costas."



Asimismo recayó Auto de aclaración de fecha 29 de junio de 2012 con la siguiente parte dispositiva:

"DISPONGO: ACLARAR la sentencia de fecha 13 de junio de 2012 en el sentido de hacer constar en la misma, que respecto a la mascota familiar, se estará a lo pactado por las partes en el acuerdo de mediación."

E igualmente con fecha 11 de julio de 2012 se dictó Auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"DISPONGO: ACLARAR la sentencia de fecha 13 de junio de 2012 en el sentido de hacer constar en la misma, que los acuerdos alcanzados en Mediación, se mantendrán como pacto Inter-partes"

Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la Procuradora D^a VIRGINIA BARRENA SOTÉS, en nombre y representación de D. Jesus Miguel , con base en las alegaciones que estimó oportunas y solicitando se revoque la sentencia impugnada en los siguientes extremos objeto del presente recurso de apelación:

1.- Que la patria potestad sea ejercida por ambos progenitores, en un plano de absoluta igualdad y declarándose que cualquier decisión importante sobre Trinidad y Fidel deberá ser tomada de forma conjunta por los dos progenitores.

2.- Que la guarda y custodia de los hijos, Trinidad y Fidel , será compartida por ambos, siendo el reparto del tiempo repartido dentro de criterios de flexibilidad y libertad siempre y cuando exista buena comunicación entre ambos padres del modo siguiente:

Trinidad y Fidel pernoctarán en casa de su madre habitualmente, excepto los periodos vacacionales y fines de semana alternos en que se establece que permanezcan con uno y otro progenitor.

Los hijos comerán con la madre los miércoles y viernes desde la salida del colegio a medio día hasta el inicio de las actividades escolares o extraescolares que tengan en ese momento.

Trinidad y Fidel pasarán con la madre las tardes de los martes, miércoles y jueves desde la salida del colegio enlazando con la cena y pernocta.

Los hijos comerán con el padre los lunes, los martes y los jueves permaneciendo con él desde la salida del colegio a mediodía hasta la hora de inicio de las actividades escolares o extraescolares que tengan en ese momento. Igualmente pasarán con el padre las tardes de los lunes, desde la salida del colegio por la tarde, hasta las 22 horas, después de la cena.

Los fines de semana alternos los hijos estarán con cada progenitor, de forma alterna, desde el viernes después de la cena a las 22 horas, hasta el domingo a las 21 horas antes de cenar.

3.- Que los periodos de vacaciones se repartirán del modo siguiente: las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, se repartirán dichos periodos al 50% con cada progenitor, en caso de discrepancia en régimen rotativo eligiendo en los años pares la madre y en los impares el padre. En concreto, las vacaciones de verano, se repartirán quincenalmente cada progenitor.

4.- En cuanto a la pensión de alimentos: D. Jesus Miguel contribuirá con la cantidad de 543'50 euros, al igual que la madre, D^a Esperanza , quien contribuirá en igual cuantía, y que habrán de ser abonadas en la cuenta que ambos acuerden en los primeros cinco días de cada mes.

5.- En cuanto a los gastos extraordinarios, ambos habrán de ser satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos, considerándose tales:

- . los de material escolar y comedor
- . transporte escolar
- . estudios universitarios, estudios de formación de enseñanza superior y de capacitación profesional, escuelas superiores privadas y otras de similares características
- . posibles gastos médicos, hospitalarios y farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social: gastos oftalmológicos, ortodoncias, intervención quirúrgica, homeópata, etc.
- . ropa y calzado
- . peluquería
- . cuotas de piscina, regalos de cumpleaños, actividades culturales
- . salidas, viajes, campamentos, excursiones, cumpleaños
- . cursos en el extranjero.



Los gastos considerados necesarios tales como los seis primeros puntos, serán asumidos obligatoriamente por ambos, estando de acuerdo en el tipo de educación que desean para Trinidad y Fidel . El resto, es decir, los otros tres últimos, si ambos progenitores están de acuerdo, entonces serán asumidos por ambos. En caso contrario, el gasto deberá ser asumido en su totalidad por el que lo haya aceptado o consentido.

6.- Respecto al abono de la cuota mensual de hipoteca que grava la vivienda familiar, sita en la C/ DIRECCION000 n NUM000 - NUM001 NUM003 de Pamplona (Navarra), ésta habrá de ser abonada íntegramente por D^a Esperanza , así como todos los gastos derivados de ésta tales como seguros, contribución etc.

7.- Asimismo habrá de declararse la obligación de D^a Esperanza de abonar a D. Jesus Miguel , las cantidades pactadas en el Acuerdo de Mediación como consecuencia de la adjudicación de la vivienda en su favor.

Y todo ello con expresa imposición en costas a la apelada junto a lo demás que en derecho proceda de oponerse a estas justas pretensiones.

Admitido a trámite el recurso y dado traslado a las demás partes, por el MINISTERIO FISCAL, se evacuó el trámite formulando las alegaciones que estimó oportunas e impugnando el recurso de apelación interpuesto, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

Por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO, en nombre y representación de D^a Esperanza , se formulo escrito de oposición al recurso de apelación de contrario e impugnando la sentencia de instancia en los extremos que se indicarán, con base en las alegaciones que estimó procedentes y solicitando se dicte sentencia desestimando el recurso de apelación y revocando la sentencia de instancia en cuanto a los siguientes extremos o medidas:

1º) Se acuerde la pensión alimenticia de 800,00 euros mensuales para cada uno de los hijos menores, a cargo del Sr. Jesus Miguel . Subsidiariamente, aquella otra que la Sala estime como proporcionada, y que supere los 400,00 euros mensuales ya establecidos. Con fecha de efectos será la de interposición de la demanda

2º) Dependiendo de la medida anterior, se acuerde que los gastos extraordinarios generados por los hijos comunes Trinidad y Fidel serán abonados al 50% por cada uno de los cónyuges. Y comprenderán en todo caso:

- Los médicos, farmacéuticos, homeopáticos, psicológicos, no cubiertos por la Seguridad Social y o seguros privados de los padres.
- Todos los gastos generados en el centro escolar: matrícula, libros, textos y material del curso escolar; actividades complementarias, APYMA, campamentos y viajes escolares, entre otros.
- Actividades extraescolares; clases particulares de apoyo escolar e idiomas; campamentos, viajes y cursos en el extranjero.
- Estudios universitarios y de capacitación profesional con sus correspondientes matrículas y textos.
- Responsabilidad civil

3º) Serán abonados al 50% por ambos progenitores, los gastos de la vivienda imputable a la propiedad.

TERCERO.- Recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a VIRGINIA BARRENA SOTÉS, en nombre y representación de D. Jesus Miguel .

El examen de la prueba practicada y vistas las alegaciones de la parte apelante así como de la parte apelada y de Ministerio Fiscal, llevan a la Sala a considerar correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia que debe ser confirmada por sus propios fundamentos, a salvo lo que se resolverá en relación al estudio de la impugnación de la parte contraria.

El recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Jesus Miguel tiene por efecto la impugnación completa de la sentencia de instancia y que con su revocación se dicte otra que estime íntegramente la demanda de divorcio formulada por la citada parte y que da origen a la presente litis.

Ciertamente el pronunciamiento relativo a la declaración de disolución del matrimonio entre los cónyuges, solicitado por ambas partes, no es objeto de impugnación y en este sentido ambas partes tanto la parte apelante como la parte apelada solicitan en dicho extremo la confirmación de la sentencia, como no podía ser de otra manera; lo que alcanza por otra parte a los efectos inherentes a dicha declaración de divorcio.

En definitiva el objeto y el alcance del recurso de apelación que examinamos viene referido a la impugnación o discrepancia de la parte apelante respecto de las medidas reguladoras de las consecuencias derivadas del



divorcio y concretamente solicitando que se acuerden las que se establecían en el suplico de la demanda de divorcio formulada por la parte apelante.

La pretensión, ya adelantamos, con carácter general debe ser desestimada y en definitiva en este sentido rechazamos el recurso de apelación formulado.

A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

A.- En primer lugar lo que trasluce el recurso de apelación formulado es la petición de que se adopten las medidas solicitadas en el suplico de la demanda de divorcio, que a su vez derivaban del Acuerdo de Mediación suscrito entre las partes, de fecha 25 de enero de 2010, que como documento nº 4 se aporta con la demanda y que de alguna manera viene a solicitar la parte actora-apelante se trasladen miméticamente a una resolución judicial que dé carta de naturaleza a los acuerdos adoptados por las partes en virtud de la mediación a la que se sometieron.

B.- La literalidad de dicho acuerdo derivado o que surge como consecuencia de la mediación a que se sometieron las partes sin embargo no tiene o puede tener este trasunto automático tal como viene a solicitar la parte apelante, bien que sobre la base de argumentar que eso fue lo acordado y que en definitiva es la mejor de las soluciones reguladoras de las responsabilidades propias derivadas del divorcio que podría alcanzarse, y que tan sólo por la negativa de la parte demandada se ha visto la parte actora obligada a acudir a los tribunales. En definitiva ésta es la cuestión nuclear, es decir que si bien es cierto que ambos cónyuges firmaron los acuerdos adoptados como consecuencia de la mediación, sin embargo la parte demandada no ha aceptado después, por las razones que expone en su escrito de contestación, que tengan reflejo en una resolución jurídica y por lo tanto con fuerza de tipo judicial.

Por ello y en relación con los aspectos patrimoniales, en la medida en que es un acuerdo inter partes, como pone de relieve y así les indica el Auto de apelación de fecha 11 de julio de 2012, no tendrá más relevancia y alcance que el que las partes quieran darle, singularmente que acepten ambos cumplirlo, y para el caso de que esto no sea así plantear la parte que reclamara de la parte incumplidora el cumplimiento a través del cauce judicial pertinente.

En consecuencia y ya respecto de la petición que se hace en el recurso de apelación relativa al abono de cantidades pactadas en el Acuerdo de Mediación, o de otro tipo de carácter patrimonial, que puede afectar a los bienes de la comunidad económico matrimonial que existía entre las partes, la resolución dada por la juzgadora de instancia es correcta y ajustada, en cuanto que no tiene mayor alcance que un acuerdo inter partes y será en otro procedimiento, caso de que no se respete por alguna de las partes donde deberá reclamarse el cumplimiento de la parte que no lo haya llevado a efecto.

C.- Dicho Acuerdo de Mediación, en la medida en que no ha sido aceptado por una de las partes no puede tener virtualidad, y tampoco la tendría en la medida en que pudiera ser perjudicial para los menores, en cuanto a que se pudiera imponer por el mero hecho de haber surgido en un procedimiento de mediación, en relación con los hijos menores del matrimonio y todas las medidas que se derivan a su vez o que tienen relación con los mismos. En definitiva las medidas que afectan a los hijos menores no pueden basarse únicamente en que se llegó al acuerdo que se documenta en el documento nº 4 de los aportados con la demanda, siendo por otra parte necesario señalar que dichas medidas deberán ser vigiladas por el juzgador a los efectos de que cumplan con la finalidad de ser lo más beneficiosos y protectores de los hijos menores.

En el caso presente y en relación a la cuestión principal de la atribución de la guarda y custodia, la juzgadora de instancia, por remisión a lo resuelto en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 27 de septiembre de 2011, ha rechazado la petición de la parte actora, que se reproduce en este recurso, de que se establecerá una guarda y custodia compartida, en los términos que solicita dicha parte, por entender que hay circunstancias, que no aconsejan el establecimiento de dicho régimen.

En este sentido el resultado de la exploración, tal como señala la juzgadora de instancia, es relevante, puesto en relación por otra parte con el resto de las pruebas, singularmente la prueba de interrogatorio de las partes, en el sentido de que los hijos no quieran someterse al establecimiento de un régimen de guarda y custodia como el que solicita la parte apelante. El examen de dichas exploraciones, a lo que cabe añadir que en la actualidad los hijos menores, Trinidad y Fidel tienen más edad que la que tenían cuando se les exploró, y concretamente Trinidad en la actualidad tiene 17 años y Fidel 14 años, y claramente rechazan un tipo de guarda y custodia compartida en los términos que solicita la parte apelante, respecto de lo que nada dice o argumenta la parte apelante, que se limita única y exclusivamente a trasladar lo que fue, en este punto, objeto de la mediación.

La edad de los menores, especialmente de Trinidad, con 17 años cumplidos y algunos meses, llevan a que, conforme a reiterado criterio de esta Sala, sea inviable el establecimiento de un régimen de visitas obligatorio para la misma, y a la vista de la edad y madurez, que ya se apuntó se observaba en menor por parte de la



juzgadora de instancia en su exploración, el que cabe entender que se ha conservado o incrementado desde que se practicó la exploración en septiembre de 2011 hasta la actualidad, llevan a que deba acogerse la petición que hacen los menores, de que no se establezca un régimen obligatorio y sí que en la medida en que el padre tenga una decidida voluntad de relacionarse con los mismos y adopte una postura y actitud activa a fin de que ellos puedan acceder a relacionarse con el mismo, mediante el hecho de comer con éste o estar el tiempo que estimen pertinente.

En definitiva la solución dada por la juzgadora de instancia es correcta y ajustada a derecho y sobre todo tiene en cuenta la voluntad y la madurez, que cabe reconocer a los hijos menores en relación con el régimen concreto de guarda y custodia solicitado por la parte apelante, frente a lo que no se contraargumenta válidamente en el recurso de apelación que examinamos.

De lo anterior se deriva que, por las razones que expone la juzgadora de instancia, no se establezca un régimen de visitas formal a favor del padre, sino en la medida en que padre e hijos quieran relacionarse se producirá dicho efecto, lo que por otra parte en principio y a la vista de la edad de los menores no parece que sea conveniente establecerlo de manera obligatoria. En definitiva tampoco procede establecer un régimen de visitas como solicita la parte apelante.

D.- Por lo que respecta a la pensión de alimentos la parte apelante solicita que se fije en la cantidad de 543'50 frente a la de 800 euros que para los dos hijos, establece la juzgadora de instancia.

La razón de la fijación de dicha cuantía queda circunscrita o basada únicamente en que es lo acordado en el proceso de mediación, respecto de lo que volvemos a insistir, la parte apelada no ha terminado de prestar su aquiescencia en cuanto a su traslado a una resolución judicial.

La fijación de la pensión de alimentos procede determinarse, a falta de acuerdo y en tanto en cuanto no sea perjudicial para los menores, por el Juez y atendiendo las necesidades alimenticias de los hijos, así como la capacidad económica de los progenitores para hacer frente a la misma.

La cantidad de 800 euros mensuales, que supondría 1.600 euros, contribuyendo ambos progenitores para atender las necesidades de los dos menores, resulta ajustada y no se ha acreditado que haya necesidades alimenticias relevantes, o sustancialmente relevantes que determinen la necesidad de establecer un techo de gasto mayor.

En otro orden de cosas ambos progenitores trabajan. Se ha acreditado a la vista de los datos económicos obrantes en las actuaciones, que el obligado al pago, en este caso el apelante tiene capacidad para hacer frente a dicha cuantía de 800 euros mensuales, habida cuenta los ingresos que percibe por sus distintas actividades y los derivados de otro tipo de bienes patrimoniales, siendo de destacar como señala la juzgadora de instancia que tiene resuelto el problema habitacional.

En definitiva procede confirmar en este punto la sentencia de instancia y mantener la cuantía de la pensión en 800 euros para los dos hijos, esto es 400 euros para cada uno de ellos, a cargo de D. Jesus Miguel .

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios estos se contemplan al 50% entre ambos progenitores y con el alcance y contenido que establece la sentencia de instancia, en relación o referencia al Auto de Medidas Provisionales de fecha 27 de septiembre de 2011.

La relación de gastos extraordinarios que solicita la parte apelante no deja de ser, nuevamente, el mero traslado de lo acordado en el procedimiento de mediación, sin que éste haya sido aceptado en sede judicial por la parte contraria, y en cualquier caso dado que los gastos extraordinarios constituyen una de las variables o capítulos de las obligaciones que tienen los progenitores respecto de los hijos menores, la autonomía que tiene el juzgador de instancia es mayor y suficiente, para si considera que debe incluirse o modificarse o establecerse en otros términos, poder hacerlo con independencia de lo que las partes hubieran podido acordar, en la medida en que sea beneficioso para los menores.

El capítulo de los gastos extraordinarios que establece la juzgadora de instancia, y sin perjuicio de lo que diga la Sala en relación con el recurso de impugnación formulado de contrario, es razonable y se ajusta a los estándares habituales en este territorio, y todo ello sin perjuicio de que determinados gastos extraordinarios, que no estuvieran expresamente contemplados entre los relacionados por la juzgadora de instancia en su sentencia, puedan ser objeto de análisis, caso de producirse, en el correspondiente procedimiento establecido en la LEC.

E.- En cuanto a la petición de abono de la cuota hipotecaria a cargo exclusivamente de la demandada, y que gravaría la que era vivienda familiar, debe ser desestimada y aceptada la solución dada por la juzgadora de instancia, refrendada, por otra parte, por las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, que han señalado, que corresponde a ambos cónyuges, en la medida en que se trate de gastos o cuotas que gravan bienes de



la sociedad de conquistas o de gananciales, el contribuir a su sostenimiento en igualdad de condiciones, a salvo que las partes hayan podido alcanzar algún otro acuerdo, que es ajeno al procedimiento en el que nos encontramos, y que deberá hacer valer en su caso la parte apelante, en virtud de lo que resuelve la juzgadora de instancia en su auto de aclaración de fecha 11 de julio de 2012 .

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación formulado por esta parte.

CUARTO.- Impugnación formulada por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO, en nombre y representación de D^a Esperanza .

La impugnación que formula esta parte va dirigida a discrepar de tres concretos capítulos.

A.- Por una parte solicita que la pensión de alimentos a cargo de D. Jesus Miguel se fije en 800 euros por cada uno de los hijos, esto es 1.600 euros.

La petición debe ser desestimada por las razones expuestas al analizar en este punto el recurso de apelación de contrario.

No se ha acreditado que los menores tengan unas necesidades alimenticias mayores que las que puedan ser sufragadas con el pago de una pensión de 800 euros mensuales por parte del padre, a lo que debe contribuir con otro tanto la madre, dado que ésta trabaja, y en la medida en que tiene resuelta la familia la necesidad de vivienda.

En otro orden de cosas y aun cuando el acuerdo alcanzado en el proceso de mediación tenga un valor inter partes, no deja de ser orientativo que ambas partes consideraban, que una pensión de alimentos de 1.087 euros para ambos menores era suficiente, por lo que carece de la debida justificación, no obstante las alegaciones de la parte impugnante, que ahora se solicite una cuantía superior y que determine una necesidad de alimentos de 1.600 euros mensuales, respecto de lo que no ha habido una debida acreditación.

En definitiva la pensión de 800 euros fijada por la juzgadora de instancia para los dos menores es suficiente, habida cuenta que, repetimos una vez más, no se han acreditado necesidades alimenticias extraordinarias por parte de los menores y que por otra parte ambos progenitores pueden contribuir a la satisfacción de dichas necesidades, siendo que además la impugnante tiene resuelta la necesidad de vivienda.

B.- En relación con los gastos extraordinarios la parte impugnante solicita que se incluyan como tales algunos conceptos, que no están recogidos expresamente por la sentencia de instancia, referida en este punto como en otros al Auto de Medidas Provisionales de fecha 27 de septiembre de 2011.

A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) Solicita que se consideren como gastos extraordinarios, al 50% de contribución para cada uno de los progenitores, los siguientes: los médicos, farmacéuticos, homeopáticos, psicológicos, no cubiertos por la Seguridad Social y/o seguros privados de los padres.

La sentencia de instancia, por remisión al Auto de Medidas Provisionales, contempla como gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros de los padres.

Procede estimar la impugnación, al menos en cuanto a clarificar el alcance de los gastos extraordinarios, en el sentido de incluir o conceptualizar como gastos extraordinarios los farmacéuticos, que obedezcan a prescripción médica; los homeopáticos, en la medida en que ambas partes consideraron que era un gasto extraordinario en el Acuerdo de Mediación; y los psicológicos. Todos ellos en la medida en que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguros privados de los padres.

b) Por lo que respecta a los estudios universitarios y de capacitación profesional con sus correspondientes matrículas y textos están ya admitidos en la sentencia de instancia, por lo que no procede un pronunciamiento estimatorio, ya que repetimos están recogidos en la sentencia de instancia. Procede desestimar, sin embargo, los relativos a gastos generados en el centro escolar, matrícula, libros, textos y materiales de curso escolar, actividades complementarias, APYMA, campamentos y viajes escolares, así como actividades extraescolares, en la medida en que no se encuentren ya comprendidos por la sentencia de instancia, que recordemos sí que considera como gasto extraordinario las actividades extraescolares o campamentos de verano, y que en cualquier caso contemplaría los gastos de baloncesto, teatro, francés e inglés.

El resto de los gastos relativos al colegio, en principio, tienen la consideración de gastos ordinarios, que deben ser cubiertos con la pensión de alimentos, que precisamente por su mayor cuantía, señala la juzgadora de instancia, cuando lo fija en 800 euros, abarataría algunos gastos extraordinarios de los previstos en su caso en ese Acuerdo de Mediación. Sin perjuicio de que algún tipo de estos gastos del colegio, si tiene naturaleza



de extraordinario por ser no periódico, imprevisto o de una cuantía, que supere los términos normales, pueda ser analizado como gasto extraordinario y reclamado en el correspondiente procedimiento que prevé la LEC.

c) En cuanto a la petición de responsabilidad civil no ha lugar a su establecimiento, dado que no constituye un gasto obligatorio el establecimiento de un seguro que cubra dicha responsabilidad civil, siendo que por otra parte el régimen de atribución de dicha responsabilidad civil vendrá dado por el título o resolución, que en su caso impusiera algún tipo de responsabilidad en tales términos. En definitiva si la parte apelada-impugnante considera necesario establecer un seguro de responsabilidad civil, entendemos que en relación a una posible actuación de los menores, pueda hacerlo en cuanto a su 50% de responsabilidad, pero no puede imponer la necesidad y obligatoriedad de establecer un seguro respecto de la parte contraria.

d) En cuanto a la petición de que sean abonados al 50% por ambos progenitores, como gasto extraordinario, los gastos de la vivienda imputables a la propiedad, debe ser estimado, si bien referidos a aquellos gastos derivados de la estricta propiedad, descartándose aquellos correspondientes o derivados del uso de la vivienda familiar, que se atribuye a la parte impugnante por tener consigo a los hijos menores.

En definitiva procede la estimación parcial de la impugnación formulada.

QUINTO.- Dada la desestimación del recurso de apelación y la estimación parcial de la impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C ., procede imponer a la parte apelante las costas causadas en esta segunda instancia y sin hacer expresa imposición de costas respecto de la impugnación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a VIRGINIA BARRENA SOTÉS , en nombre y representación de D. Jesus Miguel , y estimando parcialmente la impugnación formulada por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO, en nombre y representación de D^a Esperanza , frente a la sentencia de fecha 13 de junio de 2012 , aclarada por Autos de fecha 29 de junio de 2012 y 11 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N^o 3 de Pamplona/Iruña , en autos de divorcio contencioso n^o 301/2011 , **debemos revocar y revocamos parcialmente** la citada sentencia, en los siguientes extremos:

Considerar como gastos extraordinarios, que se someterán al régimen de contribución al 50% para ambos progenitores, los farmacéuticos, que obedezcan a prescripción médica; los homeopáticos y psicológicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguros privados de las partes; así como que contribuirán ambos progenitores al 50% en relación con los gastos de la vivienda imputables a la propiedad, no integrando los mismos los derivados del uso de la vivienda familiar atribuida a D^a Esperanza .

Procede confirmar el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Procede imponer a la parte apelante las costas causadas en esta segunda instancia y sin hacer expresa imposición de costas a la parte apelada-impugnante.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma devuélvanse los autos al juzgado de procedencia.

Líbrese por la Sra. Secretaria Judicial de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el Rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias Civiles de esta Sección.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16^a de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra** , debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banesto, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

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