

## EDJ 2010/34921

AP Madrid, sec. 22ª, S 1-2-2010, nº 65/2010, rec. 897/2009

Pte: Chamorro Valdés, José Angel

### Resumen

*Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora y estima parcialmente el interpuesto por el demandado contra la sentencia de instancia, que acuerda el divorcio de los litigantes y sus efectos, confirmando la cuantía de la pensión alimenticia establecida a cargo del recurrente. Rechaza la Sala el que los gastos extraordinarios sean satisfechos por mitad dada la disparidad de ingresos entre actora y demandado. Acoge la Sala el recurso del demandado al dejar sin efecto la pensión compensatoria acordada a favor de la actora, por no apreciar desequilibrio económico tras la ruptura, debido a que la propia parte actora obtiene sus propios ingresos, señalando la Sala que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de economías dispares.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.92.8 , art.97 , art.142 , art.146

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

OTRAS CUESTIONES

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Denegación

Pensiones alimenticias a los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

#### Legislación

Aplica art.92.8, art.97, art.142, art.146 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita art.217, art.398, art.455 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.103, art.1319, art.1362, art.1438 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES STS Sala 1ª de 9 octubre 1981 (J1981/1633)

Versión de texto vigente null

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 9 de diciembre de 2008, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 24 de Madrid se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda planteada por el Procurador D. José Luis Rodríguez Pereita, en nombre y representación de Dª Rafaela contra D. Justino, debo decretar y decreto la disolución por divorcio del matrimonio formado

por los litigantes, con los efectos inherentes a tal declaración, estableciendo, asimismo las siguientes medidas y efectos reguladoras de la disolución del matrimonio

1º.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija del

matrimonio Elena Carmen a la madre D<sup>a</sup> Rafaela, siendo la patria potestad ejercida conjuntamente con el padre D. Justino .

2º.- D. Justino podrá relacionarse y estar en la compañía de la hija común en la forma en que libremente concierte con la madre, velando siempre por el interés de la menor, si bien, en caso de desacuerdo habrá de estar al régimen de visitas y comunicaciones consistente en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 17:00 horas, hasta la hora de entrada en el colegio del lunes siguiente. El padre podrá igualmente estar en compañía de la menor una tarde entre semana, que en caso de desacuerdo, será la de los miércoles desde la salida del colegio y hasta la incorporación de la menor al colegio el día siguiente, significando que dicho régimen deberá interpretarse con la flexibilidad propia y adecuada a la edad con la que cuenta la menor en la actualidad.

Los días no lectivos que sean inmediatamente anteriores o posteriores a un fin de semana se disfrutarán por el progenitor al que corresponda tener en su compañía a la menor dicho fin de semana por el régimen ordinario de alternancia.

Los periodos de vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa, se distribuirán, en defecto de acuerdo, por mitad, correspondiendo la primera mitad de las vacaciones al padre en los años pares, y a la madre en los años impares.

El régimen de estancias de los fines de semana alternos y tardes entre semana quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

3º.- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Madrid, junto con el mobiliario, ajuar y objetos de uso ordinario en ella, a la hija menor de edad en compañía de la madre, bajo cuya guarda queda, pudiendo el Sr. Justino, sino lo hubiere hecho ya, retirar de la misma los objetos de uso personal y de su exclusiva pertenencia, previo inventario tanto de los bienes y objetos del ajuar que continuarán en la misma como de los que lleve consigo el cónyuge que deba abandonarla. Los gastos derivados del uso de dicha vivienda serán de cuenta del cónyuge que permanezca en la misma.

4º.- D. Justino deberá abonar a D<sup>a</sup> Rafaela, en concepto de contribución a los alimentos la hija habida del matrimonio la cantidad de 900.-euros mensuales. Dicha cantidad habrá de abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, y se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, sin necesidad de previo requerimiento alguno, en la misma proporción que varíe el IPC publicado por el INE.

5º Los gastos extraordinarios de la hija menor serán abonados previo acuerdo sobre su realización, justificación del gasto e importe del mismo, o en su defecto, aprobación judicial, en un 75% por D. Justino y en un 25% por D<sup>a</sup> Rafaela .

6º.- D. Justino deberá abonar a D<sup>a</sup> Rafaela en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 350,00 euros al mes durante un periodo de cinco años. Dicha cantidad habrá de abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, y se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, sin necesidad de previo requerimiento alguno, en la misma proporción que varíe el IPC publicado por el INE.

7º.- Los gastos derivados de la propiedad de la vivienda familiar, como el IBI, contribuciones especiales o derramas extraordinarias que gire la comunidad de propietarios a la que pueda, pertenecer el inmueble para reparaciones u obras extraordinarias, incluyendo las cuotas de amortización del préstamo hipotecario deberán ser satisfechos a partir de la fecha de la presente resolución por ambos cónyuges al 50%.

Todo ello sin hacer expresa condena en costas.

Y firme que sea esta resolución comuníquese al registro civil correspondiente a los efectos oportunos.

Notifíquese a las partes advirtiéndoles que contra esta resolución cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días desde el de su notificación, que habrá de prepararse ante este Juzgado de conformidad con lo previsto en los artículos 455 y siguientes de la Lec EDL 2000/77463 ."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de ambos litigantes presentando en los escritos de alegaciones los motivos de su impugnación.

Se dio traslado de los mismos a las contrapartes quienes presentaron escrito oponiéndose.

Remitidos los autos a esta Superioridad se acordó señalar deliberación, votación y fallo para el día 14 de diciembre de 2009.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección letrada de D<sup>a</sup> Rafaela se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y se determine que la pensión de alimentos a satisfacer por el Sr. Justino a la hija menor de edad quede fijada en la cantidad de 1.200 euros mensuales revisable anualmente en función de las variaciones que experimente el IPC; se determine en concepto de pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup> Rafaela la cantidad de 800 euros mensuales durante diez años revisable anualmente en función de las variaciones que experimente el IPC; y se condena la parte demandada a las costas de oponerse al presente recurso. Y la dirección letrada de D. Justino también se mostró en desacuerdo con la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se acuerde: 1.- Atribuir la guarda y custodia

de la hija menor a ambos progenitores de forma alternativa por períodos semestrales, comenzando por el padre el segundo semestre. 2.- Establecer el siguiente régimen de visitas con respecto al progenitor que no se encuentre en compañía de la menor en cada momento. Durante los períodos escolares: El progenitor que no se encuentre en el periodo semestral con la menor tendrá en su compañía a la misma los fines de semana alternos, entendiéndose por fin de semana, los viernes desde la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, Por otro lado, dicho progenitor podrá disfrutar de la compañía de su hija los miércoles por la tarde desde la salida del colegio, hasta el jueves a la entrada del mismo. Así mismo cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a este por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios la hija, se considerará este período agregado al fin de semana, y en consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el referido fin de semana. Durante las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano: La menor estará con cada uno de sus progenitores la mitad de dichos periodos eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, debiendo ser notificada dicha elección con dos meses de antelación. Estos periodos vacacionales, deberán coincidir estrictamente, con el calendario escolar. En caso de no conceder este régimen de custodia compartida se mantenga lo establecido en Primera Instancia respecto de régimen de visitas.

3. No establecer pensión alimenticia ya que cada progenitor se hará cargo de sufragar las necesidades de la menor durante el periodo que conviva con la misma, cubriendo el Sr. Justino el 70 % de los gastos de educación de su hija y la Sra. Rafaela el 30%. En caso de no conceder este régimen de custodia compartida se mantenga lo establecido en Primera Instancia respecto de la pensión de alimentos. Así mismo, ambos progenitores abonarán el 50 % de cualquier gasto extraordinario que se genere en la vida de su hija, siendo requisito previo necesario, el consentimiento otorgado por ambos, y en caso de discrepancia, de acuerdo con la resolución judicial, salvo que la urgencia del caso no permitiese la obtención de tal acuerdo. 4. No reconocer el derecho de D<sup>a</sup> Rafaela a percibir una pensión compensatoria a cargo de D. Justino .

SEGUNDO.- Desde que se produjo la ruptura matrimonial la hija Elena Carmen nacida el 14 de febrero de 1.993 ha permanecido con la madre que tuvo una dedicación preferente a ella durante el matrimonio, sin que haya habido alguna consecuencia negativa para la misma. La afirmación contenida en el segundo recurso de apelación de que la hija fue sometida a una enorme presión antes de la exploración carece de corroboración probatoria. No consta que la guarda y custodia compartida sea lo más beneficioso para la menor y a mayor abundamiento falta el requisito de informe favorable del Ministerio Fiscal exigido por el artículo 92-8 del C.C EDL 1889/1 ..

En base a lo expuesto la primera petición de la segunda parte apelante debe ser rechazada y esta desestimación lleva consigo de manera ineludible la de las peticiones accesorias en materia de régimen de visitas y pensión alimenticia.

TERCERO.- Para el análisis de la cuestión suscitada en torno a la pensión alimenticia hay que tener en cuenta que la prestación alimenticia a favor de los hijos tiene naturaleza de orden público, pues constituye al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de la patria potestad y que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículo 1319 y 1362 del Código Civil EDL 1889/1 ) y los recursos y disponibilidades del guardador (artículo 93, 145-1 y 1438 del Código Civil EDL 1889/1 ), aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículo 103 y 1438 del Código Civil EDL 1889/1 ), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 EDJ 1981/1633 y 1 de febrero de 1982).

El demandado D. Justino es médico y desempeña tal como se admite en la contestación (folio 87) el cargo de jefe del Servicio Infantil de Ortopedia del Hospital Ramón y Cajal y por las tardes dirige su consulta privada. Según las liquidaciones provisionales y declaraciones de la renta aportadas (documentos que obran del folio 36 al 52 ambos inclusive y del folio 113 al 133 ambos inclusive) sus ingresos íntegros por rendimiento de trabajo en los años 2004, 2005, 2006 y 2007 respectivamente fueron los siguientes: 48.989,71 euros, 52.037,12 euros, 52.561,08 euros y 62.569,59 euros y el rendimiento neto de actividad económica en régimen de estimación directa en los referidos años fue el siguiente: 85.229,65 euros, 82.222,40 euros, 16.054,05 euros y 4.613,51 euros. No podemos acoger la radical reducción de ingresos que en la consulta privada reflejan las declaraciones de la renta, pues tal como se admite en la contestación el Sr. Justino constituyó la sociedad Alroel Servicios Médicos S.L. con objeto de canalizar los ingresos procedentes de dicha actividad y así tener una menor carga fiscal, y de esta sociedad no se aporta cuales son sus ingresos. Por otra parte la cantidad que por este concepto figura en la declaración de la renta del año 2007 no se corresponda con los datos que figuran en el documento que obra al folio 199. Y con sus ingresos el antedicho además de la pensión alimenticia tiene que abonar el 50 % de los gastos derivados de la propiedad de la vivienda familiar, medida no cuestionada, entre los que destaca el préstamo hipotecario, cuyas cuotas mensuales de amortización ascendían a mediados de 2008 (documentos que obran del folio 166 al 168 ambos inclusive) a 1.505 euros y hace frente a sus propias necesidades entre las que destaca el alojamiento que le supone un gasto mensual de 1.400 euros, según el contrato de arrendamiento de 2 de noviembre de 2007 (documento que obra del folio 161 al 165 ambos inclusive).

La demandante D<sup>a</sup> Rafaela también tiene que contribuir al sostenimiento de la hija, pues tiene ingresos propios. Después de una excedencia se incorporó a su puesto laboral como enfermera en el Hospital Ramón y Cajal en septiembre de 2006 y después en febrero de 2007 pasó al Centro de Salud en Barajas, habiendo obtenido unos ingresos brutos en el año 2007 de 35.358,45 euros (declaración de la renta que obra del folio 201 al 210 ambos inclusive).

La pensión alimenticia va destinada a satisfacer todas las necesidades del artículo 142 del C.C EDL 1889/1 ., entre las que se encuentra una parte proporcional de los servicios y suministros de la vivienda familiar. La hija del matrimonio estudia en el Liceo Francés cuyo coste asciende según el documento que obra al folio 179 a 1.526 euros al trimestre, pero este gasto no se produce todos los meses. Por otra parte los gastos de ortodoncia y de golf no pueden ser considerados para fijar la pensión alimenticia ordinaria ya que por sus características son extraordinarios.

Y bajo los condicionantes expuestos y teniendo en cuenta que la hija y la madre tienen atribuido el uso de la vivienda familiar, hay que concluir que la cantidad fijada en concepto de pensión alimenticia no vulnera por defecto el criterio de proporcionalidad proclamado en el artículo 146 del C.C. EDL 1889/1 y la pretensión de incremento de la primera parte apelante debe ser desestimada. La petición de la segunda parte apelante de que los gastos extraordinarios sean abonados al 50% debe ser igualmente rechazada, dada la importante disparidad entre los ingresos de ambos litigantes.

CUARTO.- Para el análisis de la cuestión suscitada en relación con la pensión compensatoria hay que tener en cuenta que artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 no configura el derecho de pensión compensatoria con carácter automático e indiscriminado, sino sobre la base de la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante la primera a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentra, a consecuencia de la separación o el divorcio, en relación con su anterior situación en el matrimonio mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con el superior estatus de su consorte, y que la concesión de la pensión compensatoria no puede ser una medida automática, ni presumirse tampoco la concurrencia de tales requisitos, sino que los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general que sobre el "onus probandi" dimana del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , y ello sin atenuación ni privilegio procesal de clase alguna.

La demandante dispone de ingresos propios, la cantidad bruta referida en el fundamento de Derecho anterior arroja una cantidad líquida mensual de 2.237 euros y todas sus nóminas aportadas del año 2008 superan esta cantidad (documentos que obran del folio 211 al 217 ambos inclusive). Sentado lo anterior y aún considerando la excedencia (vid su informe laboral folio 56) y la reducción de jornada que tuvo, hay que concluir, aunque los ingresos del demandado son notablemente superiores, que no concurren los requisitos de la pensión compensatoria, ya que ésta no es un mecanismo igualador de economías dispares y la petición de la segunda parte apelante en esta materia debe prosperar. La estimación de esta petición supresora lleva consigo de manera ineludible el rechazo de la segunda petición de la primera parte apelante.

QUINTO.- Dada la naturaleza del objeto del proceso, las circunstancias concurrentes y la flexibilidad permitida en estos procedimientos de conformidad con el artículo 398 de la L.E.C EDL 2000/77463 . no procede hacer expresa imposición de costas en el presente recurso.

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

## FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Luis Rodríguez Pereito en nombre y representación de D<sup>a</sup> Rafaela y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> María del Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de D. Justino contra la sentencia dictada en fecha 9 de diciembre de 2008 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 24 de Madrid en los autos de divorcio núm. 361/08 a instancia de D<sup>a</sup> Rafaela contra el antedicho debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la citada sentencia en el único sentido de que no se establece pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup> Rafaela que rige desde la fecha de la sentencia de instancia, sin hacer expresa imposición de costas en el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada en legal forma a las partes, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y con las indicaciones sobre necesidad del depósito para recurrir contempladas en la disposición adicional decimoquinta de dicho texto legal, según reforma operada por Ley Orgánica 1/2009 EDL 2009/238888 , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Que en el día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Magistrado Ponente D. José Angel Chamorro Valdés.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222010100048