

**Resumen**

*Estima la AP en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada -desestima el del demandado- contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo. Revoca la Sala el pronunciamiento de la instancia, al entender que debe elevarse tanto la cuantía como la limitación temporal de la pensión compensatoria concedida a favor de la esposa, atendiendo a las circunstancias económicas y personales de ambas partes litigantes. Añadiendo la modificación de la cuantía prevista a favor de la esposa en concepto de compensación económica.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.457

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.93 , art.97 , art.142 , art.1438

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO ..... 2  
FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... 3  
FALLO ..... 7

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**ALIMENTOS**

**PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL**

- A favor de los hijos
  - Determinación de la cuantía
  - Proporcional a ingresos y necesidades

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**

**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

- Proscripción de la indefensión
- Interpretación de los requisitos procesales

**FUENTES DEL DERECHO**

**JURISPRUDENCIA**

- Del Tribunal Supremo

**MATRIMONIO**

**INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL  
EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

- Pensión compensatoria
  - Concepto
  - Concesión
  - Cuantía
  - Otras cuestiones

**PROCESO CIVIL**

**PRUEBA**

- Valoración de la prueba
  - Apreciación conjunta

**RECURSOS**

- Apelación

Procedimiento  
Preparación  
Interposición  
Motivación

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado,Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado  
Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.457 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Aplica art.93, art.97, art.142, art.1438 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita art.11.3 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
Cita art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.103 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concesión, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STS Sala 1ª de 19 enero 2010 (J2010/9923)

Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - RECURSOS - Apelación - Procedimiento - Preparación, PROCESO CIVIL - RECURSOS - Apelación - Procedimiento - Interposición - Motivación STS Sala 1ª de 15 julio 2009 (J2009/165914)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2009 cuya parte dispositiva es del tenor siguiente " ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de divorcio contencioso interpuesta por la procuradora Dª Teresa Belmonte Agost en nombre y representación de D. Pascual contra Dª Estela y, del mismo modo, ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional de divorcio contencioso impuesta por la procuradora Dª María Teresa Palau Jericó en nombre y representación de Dª Estela contra D. Pascual y en consecuencia:

Declaro la disolución por Divorcio del matrimonio formado por D. Pascual y Dª Estela .

La titularidad de patria potestad de la hija menor, Marta, será compartida por ambos progenitores, atribuyéndose su ejercicio con carácter exclusivo a la madre, Dª Estela .

Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor, Marta, a la madre, Dª Estela .

Se atribuye a la madre y a la hija menor, el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la C) DIRECCION000 número NUM000 de la localidad de Onda (Castellón).

Se fija el siguiente régimen de visitas a favor de D. Pascual:

-Fines de semana alternos, desde el sábado a las 10,00 horas, hasta el domingo a las 20,00 horas, debiendo la menor ser recogida y reintegrada en el domicilio materno y, manteniéndose el régimen anterior de forma permanente sin distinción de períodos vacacionales.

6. D. Pascual, deberá abonar en concepto de pensión alimenticia, la cantidad de 1.100 euros mensuales, cantidad que deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria designada por la madre, siendo dicha cantidad actualizable conforme a las variaciones anuales del Índice de precios al Consumo.

Los gastos extraordinarios de la hija menor, serán abonados por ambos progenitores por mitad, debiendo aquel con quien se encuentre la menor en el momento en que sea necesario, comunicarlo previamente al otro con el fin de consensuar el mismo a no ser que la urgencia de la situación así lo impida.

7. D. Pascual, deberá abonar a Dª Estela y, en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de 250 euros mensuales durante un periodo de 18 meses, debiendo ingresar dicha cantidad en la cuenta bancaria por ella designada, dentro de los cinco primeros días de cada mes y, siendo actualizable conforme a las variaciones anuales que experimente el índice de precios al consumo.

8. D. Pascual, deberá abonar a Dª Estela y, en concepto de indemnización por compensación, la cantidad de 10.000 euros que igualmente, deberá ingresar en la cuenta bancaria por ella designada.

9. Se atribuye el uso del vehículo Mercedes adaptado a las necesidades de la menor, al progenitor con quien en cada momento, se encuentre la menor.

10. No procede efectuar pronunciamiento expreso sobre las costas del presente procedimiento"

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes se preparó e interpuso contra la misma recurso de apelación por quienes como apelantes viene reseñado en el encabezamiento de la presente, el que por serlo en tiempo y forma se admitió a trámite, oponiéndose a su estimación la contraparte, tras lo cual se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial donde fueron turnadas a esta Sección 2ª, en la que se formó el correspondiente Rollo, señalándose finalmente para deliberación y votación el 14 de julio.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de la resolución recurrida en cuanto no se contradiga con lo que seguidamente se dirá:

PRIMERO.- El Sr. D. Pascual, demandante-demandado reconvenional, se alza contra la citada resolución y solicita sea revocada parcialmente en los extremos impugnados y, resuelva: 1) Declare la infracción de las garantías y normas procesales, admitiendo la prueba documental y testifical inadmitidas entrando en el fondo del asunto, o subsidiariamente, declare la nulidad de las actuaciones, retrotrayendo el proceso al acto de la vista cuando se produjo la infracción procesal, 2) Revoque parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, que contenga los siguientes pronunciamientos: a) establecimiento de la patria potestad conjunta, si bien la guarda y custodia sea ejercida por la madre Sra. Estela, b) la supresión de la pensión compensatoria acordada a favor de la esposa Dª Estela, c) La supresión de la indemnización a favor de la esposa Dª Estela, acordada al amparo de lo dispuesto en el art. 1.438 Cc EDL 1889/1 , d) establecer una pensión de alimentos a favor de la menor Dª Marta de 650 euros, o subsidiariamente, se mantenga la pensión de 900 euros acordada en la pieza de medidas provisionales y 3) Todo ello con pronunciamiento de costas que legalmente proceda.

Por Otrosí digo se solicita en segunda instancia que se reciba el pleito a prueba a efectos de que se practique los siguientes medios probatorios:

Documental: para que se incorporen los documentos 1 a 18 inadmitidos en la primera instancia y cuya copia se aporta a los efectos de su reproducción en autos.

Testifical: consistente en recibir declaración de los testigos propuestos en el acto de la vista y cuyo examen fue inadmitido por causa de inadmisión de la contestación a la reconvenición, a saber: D. Dimas, Dª Loreto y D. Fabio

Por auto de 7 de junio de 2010 esta Audiencia acordó no practicar la prueba solicitada.

Por su parte, la Sra. Estela, demandada-demandante reconvenional, también se alza contra la resolución de instancia y solicita su revocación y en su lugar se dicte otra en la que se modifique las medidas en el sentido interesado en su escrito junto con los demás pronunciamientos que en derecho proceda.

D. Pascual fundamenta su recurso en seis alegaciones: 1) Infracción de las garantías procesales generadoras de indefensión, vulneración del art. 752 LEC EDL 2000/77463 ; 2) Infracción de las garantías procesales generadoras de indefensión: art. 11.3 LOPJ EDL 1985/8754 en relación el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , puesto que se dispone la inadmisión de prueba documental sin especificar cuál de ellas fue inadmitida; 3) error en la valoración de la prueba respecto a la capacidad económica real del actor, puesto que no se tienen en cuenta documentos que fueros inadmitidos; 4) error en la apreciación de la prueba respecto de las necesidades económicas de la esposa e hija del actor; 5) infracción del art. 1438 Cc EDL 1889/1 ya que se obvia que la Sra. Estela nunca ha dejado de trabajar y su dedicación a la familia no le ha impedido acceder al mercado laboral, tener una licenciatura y mantener un puesto de trabajo con un salario importante; además tiene servicio domestico y cuidadoras para la hija menor. 6) Infracción del art. 97 Cc EDL 1889/1 puesto que la demandada es licenciada, trabaja en un colegio desde antes de que naciera su hija y tiene un contrato indefinido; dispone de patrimonio propio muy superior al de su esposo.

La Sra Estela arguye en su recurso 3 motivos de apelación: 1) Infracción de lo dispuesto en el art. 97 Cc EDL 1889/1 en cuanto a la modulación del tiempo y cuantía de la pensión; 2) Infracción de lo dispuesto en el art. 1438 Cc EDL 1889/1 y error de hecho en la apreciación de la prueba puesto que la casa fue construida con cargo al padre de la Sra Estela . Dicha infracción se produce en cuanto a la cuantía de la indemnización que debe ser un 25% del patrimonio obtenido por el Sr. Pascual; 3) Infracción de lo dispuesto en el art. 93 / art. 142 Cc EDL 1889/1 puesto que la sentencia no resuelve sobre la pretensión deducida en el suplico de la contestación en torno a los gastos extraordinarios de adaptación de la casa y vehículo. Y, la necesidad de que la Sra. Pascual pueda disponer de otro vehículo ando el Sr. Pascual utilice el vehículo adaptado.

La Sra Estela y el Ministerio Fiscal presentan escrito oponiéndose al recurso presentado por el Sr. Pascual .

SEGUNDO.- Como cuestión previa, la Sra. Estela señala en su escrito de oposición al recurso de apelación del Sr. Pascual la infracción de lo dispuesto en el art. 457 LEC EDL 2000/77463 puesto que el escrito de preparación al recurso no contiene ningún pronunciamiento del fallo.

El art. 457 LEC EDL 2000/77463 dispone en su segundo apartado "En el escrito de preparación el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan".

Como es sabido, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 distingue entre preparación e interposición del recurso; la preparación tiene como finalidad conocer lo que se impugna para posteriormente en el recurso realizar las alegaciones, esto es, la preparación fija el marco al que ha de atenerse el siguiente paso encomendado a la parte recurrente. Además, la preparación proporciona al juzgador a quo los elementos sobre los cuales ha de basar el juicio admisibilidad y entre ellos se encuentra los presupuestos contenidos en el apartado 2 del citado precepto.

La interposición del recurso de apelación, cuando la sentencia es desestimatoria de las pretensiones del apelante, supone, como señala la STS de 15 de julio de 2009 EDJ 2009/165914 , que la parte recurrente se refiere a la totalidad de lo denegado. Por otra parte, cuando se trata de escrito impugnando sentencias, en la gran mayoría de casos se debe imponer una interpretación favorable al acceso al recurso con la finalidad de proteger el principio de la tutela efectiva.

Somos conscientes que cierto sector de la doctrina abogan por considerar que se debe expresar de modo claro y preciso todos los pronunciamientos que serán objeto del recurso de apelación, precisamente porque la parte perjudicada, en virtud del principio de justicia rogada y dispositivo, deben determinar si concurren todos o solo alguno de los pronunciamientos, que en este caso quedarían firmes. No obstante, también es verdad que el punto 3º del citado precepto establece "si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiera preparado dentro de plazo, el tribunal tendrá por preparado el recurso y emplazará a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga.." de modo que sólo el incumplimiento de estos requisitos comportarán la denegación.

En el presente caso la parte recurrente indica como pronunciamientos recurridos los fundamentos de derecho 4,6,7,8,9 y 10 especificando el motivo y en definitiva dichos fundamentos no son más que la expresión de los pronunciamientos que le perjudican contenidos en el fallo, esto es los contenidos en el núm. 3, 6, 7 y 8. Por tanto, teniendo en cuenta una interpretación flexible del precepto y considerando que ningún perjuicio se deriva a la parte contraria es por lo que rechazamos el motivo esgrimido por la Sra. Estela .

Entraremos a resolver los motivos específicos de cada parte analizando conjuntamente aquellos otros que confluyan ambos recursos.

TERCERO.- En cuanto al recurso del Sr. Pascual, en sus dos primeras alegaciones denuncia la infracción de garantías procesales:

A- Por vulneración de lo dispuesto en el art. 752 LEC. EDL 2000/77463 A este respecto señala que la juzgadora de instancia manifiesta que "existe únicamente conformidad, al no admitirse por extemporánea la nueva pretensión del actor respecto de la guarda y custodia de la hija menor". Sin embargo, el apelante manifiesta, tal como se desprende de la grabación de la vista, que no existió conformidad en dicho extremo ni la contestación a la demanda fue inadmitida por extemporánea. Con ello se vulnera lo dispuesto en el art. 752 LEC EDL 2000/77463 porque el mismo indica que el juzgador se ha de pronunciar sobre los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos en el procedimiento.

Pues bien, como señala el apelante, dicho precepto se refiere a la prueba y no es de aplicación al presente caso. Después de visionar la grabación de la vista debemos decir que no se ha producido la inadmisión de la contestación de la demanda como pretende hacer ver el apelante. Consta en las presentes actuaciones, la demanda formulada por el apelante y contestación de la Sra. Estela, sí como demanda reconvenional de ésta última y contestación formulada por aquél. Por tanto, no se ha producido la inadmisión de la constatación. Cuestión distinta es la inadmisión de la nueva pretensión formulada por la parte apelante con infracción de lo dispuesto en el art. 412 de la LEC EDL 2000/77463 puesto que en los escritos de demanda y contestación se fijan los hechos controvertidos y la cuestión de la guarda y custodia no lo fue.

Efectivamente, las cuestiones concernientes a la hija de ambos quedaron establecidas en los escritos de demanda y contestación a la misma: El apelante en su escrito solicitó que "La hija menor del matrimonio, Marta, quedará bajo la guarda y custodia de su madre (...)", (folio 8 Tomo I); y, la Sra. Estela en su escrito de contestación a la demanda también hace constar que "La guarda y custodia de la hija será otorgada a la madre". En la demanda reconvenional, la Sra. Estela, solicita la pensión compensatoria y la indemnización derivada del art. 1438 Cc EDL 1889/1 ., e incluye la solicitud de las medidas provisionálsimas previstas en el art. 103 Cc EDL 1889/1 con fundamento en los hechos y fundamentos contenidos en su escrito. Posteriormente, el 17 de abril, el apelante contesta la demanda reconvenional solicitando la desestimación de la totalidad de los pedimentos de la misma, esto es, la pensión por desequilibrio y la indemnización del 1438 Cc EDL 1889/1 , no haciendo mención específica a las medidas provisionales solicitadas por la adversaria.

En consecuencia, no existió en el mentado procedimiento controversia en torno a la guarda y custodia de Marta y desde luego, la contestación a la demanda reconvenional no fue inadmitida.

El apelante añade que existe indefensión porque la juzgadora inadmite documentos y pruebas testificales que tratan sobre la hija en lo que afecta a las estancias y capacidad económica del Sr. Pascual . Parece ser que el apelante se refiere a la documental contenida en el número 3 (a,b y c), 4 (a, b), y 5 y al interrogatorio de la Sra. Loreto, Sr. Millán, Sra Delia, Sr. Dimas y Sr. Fabio . La documental se rechazó porque, como dijo la juzgadora y que nosotros compartimos, no cabe proponer prueba sobre hechos a los que nunca se han hecho referencia y menos aún que se admita prueba sobre una pretensión que ha sido inadmitida. Y, por lo que se refiere a la testifical, la juzgadora le requirió para que explicara los extremos sobre los que iban a declarar. En función de ello señaló que la Sra. Loreto no tiene relación con los hechos debatidos; D. Millán y Doña. Delia porque son ajenos al procedimiento y no pueden acreditar el modus vivendi de la Sra. Estela puesto que no conviven y los Sres. Dimas y Fabio porque se desconoce su relación con los presentes hechos y en todo caso se vincularían con los documentos que han sido inadmitidos. En consecuencia pruebas que no guardan relación con el objeto del procedimiento (art. 283 LEC EDL 2000/77463 ) por lo que no se ha producido indefensión.

Por tanto, se inadmite esta primera causa de alegación

B) En segundo lugar, el apelante, a colación con el último argumento vertido en la anterior alegación, señala la infracción de garantías procesales generadoras de indefensión.

El apelante sostiene que se inadmitieron los documentos porque no se presentó tantas copias literales como partes en el proceso (art. 273 LEC EDL 2000/77463 ) sin dar la posibilidad de subsanación. Y, aporta con su escrito de recurso la documentación que fue inadmitida por este motivo. Añade que dichos documentos tienen importancia porque, los documentos 1 a 4, acreditan la capacidad económica del apelante; los números 6 a 18 se refieren a la situación personal y abono de gastos extraordinarios que ha realizado el apelante; los contenidos en los números 15 a 18 incorporan actuaciones judiciales, algunas de ellas sobre uno de sus empleados de POOLBATH SYSTEMS, S.A., que distrajo dinero de la empresa.

El art. 273 de la LEC EDL 2000/77463 establece que "todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes". En el caso, la parte apelante no presentó copia de dicha documentación para el Ministerio Fiscal pero trató de subsanar el defecto entregando la suya propia.

La exigencia de lo dispuesto en el citado precepto responde a razones derivadas de la necesidad de respetar el principio de audiencia, esto es la copia cumple la función de proporcionar información a las partes sobre las pretensiones ejercitadas, a los efectos de ejercitar el derecho de defensa. Y, en este sentido damos la razón al apelante, la juzgadora debió admitir la documentación. No obstante, gran parte de la misma se encontraba incorporada a los presentes autos junto con la contestación a la demanda reconvenzional.

En consecuencia se estima esta causa de apelación y se valorará dicha prueba con el conjunto de la que ya consta en autos.

CUARTO.- El Sr. Pascual sostiene en su tercera alegación error en la valoración de la prueba en cuanto a su capacidad económica.

La nueva prueba que aporta a los presentes autos no modifica la conclusión alzada por la instancia. Dichos documentos (1 a 3) se encuentran incorporados con la contestación a la demanda reconvenzional y como indica en su escrito de contestación (folio 501), de la documentación (N 31) aportada por la Sra. Estela se desprende que las cargas hipotecarias se encuentran a su nombre. No obstante, la juzgadora de instancia sustenta la capacidad económica del apelante en la creación de otra empresa con posterioridad a la demanda; en la flota de vehículos que dispone sus empresas, motocicleta a su nombre, inmuebles en propiedad, la existencia de beneficios nada desdeñables; y cuantiosos gastos con tarjeta de crédito. Todo ello corrobora las manifestaciones de la Sra. Estela en el sentido de que el apelante no dispone simplemente de la nómina que se puso como único socio y administrador de la misma, esto es, aproximadamente 3600 euros, que efectivamente se destinan a sufragar los gastos de hipotecas de los dos inmuebles, el de Oropesa y su nuevo domicilio, sino mucho más porque como dijo la Sra. Estela, las aportaciones del apelante al hogar familiar provenían no de su nómina sino de ese otro dinero que disponía. Por otra parte, con la documentación que se aporta en este acto no se acredita que el trabajador de la empresa haya hecho uso indebido de tarjeta de crédito ni que haya dispuesto de la misma.

Por otra parte, el Sr. Pascual señala que ni por el salario ni por el presunto rendimiento de las empresas se le puede imponer una pensión que supone abonar más de lo percibido, esto es, 1100 euros. Pues bien, este mismo argumento sostuvo con respecto a los 900 euros de pensión que se le impuso en medidas provisionales. Sin embargo, ahora de manera subsidiaria estaría dispuesto a abonar dicha cantidad. Todo ello revela que la capacidad económica del Sr. Pascual, como empresario, se encuentra muy por encima de los 3600 euros que se ha impuesto por nóminas mensuales de su propia empresa como único socio de la misma.

Por tanto, se desestima la causa de apelación

QUINTO.- En su cuarta alegación señala error en la valoración de la prueba respecto de las necesidades económicas de la esposa e hija. Y a tenor de las necesidades de su hija, entraremos a resolver la alegación 3ª del recuso formulado por la Sra Estela (infracción de lo dispuesto en el art. 93 / art. 142 CC EDL 1889/1 )

El Sr. Pascual se refiere a las necesidades de su esposa haciendo hincapié en los 250 euros fijados, por la sentencia de instancia, como pensión compensatoria, teniendo en cuenta, como dice el apelante que su salario líquido es de 1.028,92 y el de él de 927, 92. No compartimos nuevamente la valoración de la prueba que realiza puesto que parte de unos ingresos de 3600 euros derivados de la nómina cuando sus ingresos son mucho mayores. No obstante, los 250 euros no se han fijado para compensar una necesidad de la Sra. Estela sino para compensar el desequilibrio que le ha causado la ruptura matrimonial comparándola con la situación que disponía durante la vida conyugal.

En cuanto a las necesidades de la menor Marta, el apelante señala como gastos mensuales: 1000# en cuidadoras, 60 en gastos extraordinarios de farmacia; 292 en alimentación vestido etc y 7,5 cuota de asociación, lo que arroja un total de 1359,16 # mensuales por lo que el abona el 80,93% del total, y además la disponibilidad económica de la esposa es mayor que la de él.

Esta Sala de nuevo no comparte la valoración que realiza el apelante, puesto que los gastos de Marta no son exclusivamente 1359,16 euros sino mayores ya que no tiene en cuenta otros gastos, que en la situación de Marta, son ordinarios y no extraordinarios como el mantenimiento del vehículo adaptado y del ascensor, seguro hogar, alarmas para vigilar el estado de los aparatos médicos, teniendo en cuenta además que la menor tiene unos gastos ordinarios de alimentación, etc. superiores a cualquier niño de su edad. Además, tampoco tiene en cuenta que la Sra. Estela contribuye al sostenimiento de su hija con la vivienda que aporta y sobre todo con los cuidados y desvelos que día a día le profesa.

Por tanto, se desestima la causa de apelación del Sr. Marta .

Por otra parte, la Sra. Estela señala en su motivo de apelación 3, infracción de lo dispuesto en el art. 93 / art.142 Cc EDL 1889/1 puesto que la sentencia de instancia no resuelve un petición deducida en el suplico de la contestación de la demanda, en el que se interesaba que se incluyera, entre los gastos extraordinarios precisos para la menor, los gastos de adaptación de la casa y los del vehículo, distintos de los ordinarios mensuales. Interesando de manera expresa que el Sr. Pascual abonara el 50% de las facturas de reparación del vehículo que ascendían a 1378,32#.

Pues bien, la juez de instancia tuvo en cuenta todos estos gastos para establecer la pensión de 900 euros en medidas provisionales, pero además en la vista pidió en torno a los 1200 euros para que en la misma se incluyera toda la atención de Marta, esto es la mitad de los pagos que ella venía reclamando como extraordinarios sin tener que requerir continuamente al Sr. Pascual para que los abone. Por tanto, no puede prosperar una duplicidad de gastos a cargo del Sr. Pascual .

Poe otra parte, requiere de la sala un pronunciamiento en torno al intercambio, por parte del Sr. Pascual, del vehículo adaptado por otro vehículo, en aquellos momentos que el mismo se encuentre en compañía de su hija y ello por necesidad ya que la madre se debe desplazar de inmediato al centro hospitalario que se encuentre su hija si fuera ingresada. Esta Sala no se puede pronunciar en torno a esta cuestión puesto que es totalmente ajena al procedimiento. Además, no se justifica la necesidad puesto que la Sra. Estela puede acudir

de inmediato a ver a su hija por cualquier medio de desplazamiento o incluso puede adquirir un vehículo ya que dispone de medios económicos suficientes para ello.

En consecuencia se desestima la causa de apelación

SEXTO.- El Sr. Pascual alega en su quinta causa de apelación infracción de lo dispuesto en el art. 1438 Cc EDL 1889/1 , infracción que corrobora la Sra Estela y añade error de hecho en la valoración de la prueba.

En primer lugar, la Sra. Estela señala en su escrito el error en el que incurre la juzgadora de instancia al señalar en su fundamento jurídico 9 que la vivienda familiar fue construida por ambos esposos en el solar propiedad (por donación de sus padres) de la esposa. Efectivamente, la juzgadora incurre en dicho error puesto que no consta acreditado la procedencia del dinero en la construcción de la casa familiar.

Por otra parte, la Sra. Estela no comparte el criterio de la juzgadora en cuanto a la cuantía de la indemnización que entiende debe ser un 25% del patrimonio del Sr. Pascual . Mientras que el Sr Pascual entiende que no procede dicha indemnización puesto que la dedicación a la familia no le ha impedido, a la Sra. Estela, el acceso al mercado laboral, tener una licenciatura y mantener un puesto de trabajo con un salario importante; además tiene a su servicio a dos cuidadoras para su hija menor y servicio domestico.

Pues bien, el Sr Pascual reconoce la compatibilidad de la pensión por desequilibrio y la indemnización derivada del 1438 Cc. EDL 1889/1 No obstante entiende que únicamente es procedente cuando uno de los cónyuges, el solicitante, no tenga actividad laboral alguna. Pues bien, damos por reproducido la argumentación de la juzgadora de instancia y además debemos señalar que la mayor o menor actividad laboral no implica, per se, inexistencia de indemnización y menos en el presente caso.

La menor precisa unas mayores atenciones que cualquier otra menor de su edad debida a su discapacidad del 92% que conlleva la falta de autonomía y precisamente por ello, ha sido necesario, por acuerdo entre los progenitores, que la Sra. Estela sea la que se dedique en mayor proporción que el Sr. Pascual al cuidado de Marta . Ha quedado acreditado que la Sra. Estela ha disminuido su jornada laboral lo que redundo en menos ingresos como es obvio. Y esa mayor contribución a la familia, solicitando permisos en el trabajo cuando ha sido necesario (folio 747), es lo que da lugar a la compensación, teniendo en cuenta que durante el matrimonio, no tenía dos cuidadoras como pretende hacer ver el apelante sino una y ha sido con la separación cuando se ha contratado a otra persona cualificada para que ayude durante unas dos horas por la tarde.

Ciertamente, la dedicación que la Sra. Estela ha dispensado en el cuidado de Marta no ha sido exclusiva, ya que ha tenido la ayuda de una persona por la mañana y además, como reconoce en su escrito de contestación (folio 62), el Sr. Pascual también ha atendido y realizado la fisioterapia que necesitaba la menor, el baño etc., y se ha turnado por las noches con ella para vigilar a la menor cuando era preciso. Sin embargo, teniendo en cuenta que la menor necesita de una atención de 24 horas, a pesar de la ayuda de una persona por las mañanas o la que su marido le brindaba por las noches, es una realidad que ella, además dedicaba las tardes y siempre que la atención de Marta lo requiriera porque para ello tuvo que solicitar en el centro permisos de trabajo.

Por lo que respecta a la cuantía, la Sra. Estela pretende obtener por su contribución a la casa, el 25% del patrimonio del Sr. Pascual y esta Sala no puede concederle dicha cantidad ya que no justifica que su contribución al hogar familiar se cuantifique en ese porcentaje de su patrimonio. Sin embargo, la cantidad establecida resulta muy pequeña si tenemos en cuenta que la Sra. Estela redujo su jornada laboral y obtuvo por ello menos ingresos. Por ello esta sala estima más ajustada el importe de 80.000 # que es una cantidad estimada de los ingresos dejados de percibir durante todos los años de dedicación a su hija.

SEPTIMO.- Por último, ambas partes, -el Sr. Pascual en la sexta alegación y la Sra. Estela en la primera- denuncian la infracción del art. 97 Cc EDL 1889/1

El Sr. Pascual alega que no procede dicha pensión porque el régimen económico es el de separación de bienes, la Sra. Estela es licenciada, trabaja en un colegio desde antes del nacimiento de su hija y tiene contrato laboral fijo; dispone de propio patrimonio.

La Sra. Estela no comparte la modulación de la pensión en cuanto a la cuantía ni en cuanto al tiempo. Entiende que la duración de la misma debía ser de 8 años puesto que el matrimonio ha durado diecisiete años y los ocho solicitados se ajustan a los parámetros que habitualmente se utilizan por esta Audiencia provincial. En cuanto a la cuantía, el divorcio le ha supuesto un descenso de recursos, pues la diferencia entre los ingresos es obvia.

Pues bien, se le recuerda al Sr. Pascual que la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá de tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges, en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 97.2 CC EDL 1889/1 tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuaran como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión" ( STS de 19 de enero de 2010 EDJ 2010/9923 ).

Efectivamente, ambos cónyuges se encuentran incorporados al mercado laboral percibiendo un salario que en el caso del apelante es considerablemente superior al de su mujer. Sin embargo, no se puede obviar que la Sra. Estela no sólo se ha dedicado a su hija durante el matrimonio sino que se deberá dedicar a ella, con mayor intensidad que la que dispensaba durante el matrimonio y además, de una manera constante en el tiempo por razón de la minusvalía que padece Marta . Evidentemente, puede considerarse que la pensión de alimentos a cargo del Sr. Pascual es alta y además, que la Sra. Estela cuenta con ayuda externa, sin embargo, ello no es suficiente para que se pueda incorporar con una jornada completa a su trabajo y además, recae en ella todo el peso del cuidado de la menor mientras

que el Sr. Marta dispone de mayor libertad durante la semana. Por ello, esta Sala entiende que la cantidad más ajustada sería 500 # mensuales durante el plazo de 8 años.

OCTAVO.- Por todo ello, desestimamos el recurso interpuesto por D. Pascual con imposición de las costas causadas a dicha parte recurrente y estimamos parcialmente el recurso de D<sup>a</sup> Estela sin imposición de las costas derivadas del mismo a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Pascual y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Estela contra la sentencia de 17 de julio de 2009 dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción núm. 3 de Nules, en autos de Juicio de Divorcio contencioso seguidos bajo el núm. 1008/07, y revocamos dicha resolución en el punto 7 en el sentido de establecer la cantidad de 500 # de pensión compensatoria en lugar de 250 # durante un período de 8 años en lugar de 18 meses. Y en el punto 9 en el sentido de abonar en concepto de indemnización por compensación, la cantidad de 80.000# en lugar de 10.000#. Y, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en todo lo demás con imposición de las costas derivadas del recurso interpuesto por D. Pascual a dicha parte y sin imposición de las costas derivadas del recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Estela a ninguna de las partes.

Expídase testimonio de esta resolución que, junto a los autos originales, serán remitidos al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 12040370022010100285