

## EDJ 2007/164293

AP Asturias, sec. 4ª, S 31-5-2007, nº 211/2007, rec. 183/2007

Pte: Zamora Pérez, Nuria

### Resumen

*Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de instancia, sobre modificación de medidas fijadas en sentencia de divorcio, modificando el régimen de visitas para adaptarlo a la nueva situación creada debido al traslado de la actor junto con sus hijos a otra ciudad, accediendo la Sala a la reducción de la pensión alimenticia con cargo al actor, suprimiendo las pagas extraordinarias que venía abonando a los hijos, ya que a juicio de la Sala no está justificado su mantenimiento, habida cuenta de que los padres han de contribuir por mitad a los gastos extraordinarios de los hijos, entre los que se encuadran los estudios de idiomas en el extranjero.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.93 , art.146

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ALIMENTOS

##### PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

Modificación

Supuestos en que procede su disminución

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

En general

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

#### Legislación

Aplica art.93, art.146 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.142 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de Oviedo se dictó Sentencia con fecha dieciocho de diciembre de dos mil seis , cuya parte dispositiva dice así: Que estimando la demanda de Modificación de Medidas Definitivas acordadas en sentencia firme de divorcio interpuesto por la Procuradora Sra Rodríguez Martínez en nombre de Dª Eugenia contra D. Bernardo , siendo parte el Ministerio Fiscal; debo DECLARAR Y DECLARO HABER LUGAR A Modificar las siguientes MEDIDAS:

1) Se atribuye la guarda y custodia de los dos hijos menores Pablo y Juan, a la madre y la de Alberto, al padre, manteniendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2) Se deja sin efecto la afección de la vivienda sita en la c/ DIRECCION000 núm. NUM000 , de esta localidad, al uso de los menores habidos en el matrimonio, pasando Pablo y Juan a residir en la nueva propiedad de su madre sita en la C/ DIRECCION001 , núm. NUM000 , NUM001 NUM002 ., de Madrid, que quedará afecto en su uso y Alberto a residir en el domicilio paterno.

3) Se establece el siguiente Régimen de Estancias y Comunicaciones de los menores con su progenitor no custodio: Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y un mes en verano, eligiendo, en caso de desacuerdo, la madre los años pares y el padre los impares. Debiendo coincidir juntos los tres menores.

Puentes escolares largos, alternando, uno en Oviedo, otro en Madrid y así sucesivamente.

Sin perjuicio, de que Alberto pueda trasladarse si así lo conviene con su madre atendida su edad, una vez al mes, por ejemplo el último fin de semana del mes. No estableciéndose respecto de los otros dos menores al no solicitarse por el progenitor no custodio, no pudiendo imponerse un régimen no deseado, salvo que lo decidan de mutuo acuerdo.

Ambos progenitores permitirán y facilitarán la comunicación con los hijos no convivientes con el padre o madre, de desplazarse cualquiera de ellos a la localidad de residencia de los menores.

Los viajes de desplazamiento de los menores serán abonados por ambos progenitores, por mitad.

4) Se fija como pensión de alimentos a abonar por la madre a favor de Alberto, el 15% de los ingresos netos que llegue a percibir, a ingresar dentro de los siete primeros días de cada mes en la cuenta que designe el demandado.

5) Se fija como pensión de alimentos a abonar por el padre a favor de los otros dos menores, la de 516 € mensuales para cada uno de doce mensualidades y otras dos mensualidades, coincidentes con los meses de julio y Diciembre, de 650 € para cada uno. Cantidad a ingresar dentro de los siete primeros días de cada mes en la cuenta designada por la demandante y que se actualizará automáticamente y anualmente cada uno de enero en proporción a las variaciones que experimente el IPC, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya en el mes de diciembre inmediatamente anterior, comenzando en el mes de enero de 2008.

6) Los gastos extraordinarios relativos a la ortodoncia de Juan, refuerzos escolares de Alberto y Pablo serán sufragados por ambos progenitores al 50% como han decidido.

En cuanto a los demás que se devenguen en el futuro por ser imprevisto o imprevisibles a esta fecha, antes de acometerse, deberán comunicarse y probarse fehacientemente su necesidad, su importe y su relación con el art. 142 del Código Civil EDL 1889/1 por el progenitor custodio al otro progenitor y, en caso de desacuerdo, se recabará la aprobación judicial.

7) Se mantienen el resto de las medidas acordadas en el Convenio Regulador del divorcio y de la Modificación de Medidas 362/05 aprobados por sentencia firme.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día veintidós de mayo de dos mil siete .-

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia dictada en proceso de Modificación de Medidas definitivas, aprobadas en juicio de divorcio es recurrida por D. Bernardo , quien centra el recurso en dos pronunciamientos, uno el referido al régimen de visitas que se le fija en relación con los hijos menores, con los que no convive, y en segundo lugar el referido a la prestación de alimentos con las que ambos litigantes han de contribuir a la manutención de sus hijos.

SEGUNDO.- En relación al primero de los motivos del recurso, ambos litigantes, al tiempo de la separación y posterior divorcio habían convenido un régimen de guarda y custodia compartido, en relación a los tres hijos menores del matrimonio, Alberto, Pedro y Juan, si bien la pernocta era con la madre. El deseo de D<sup>a</sup> Eugenia , de trasladar el domicilio familiar a Madrid, en un primer momento tanto por razones familiares, ya que sus hermanos residen en esa localidad, como laborales, al tener la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, expectativa que sin embargo no se ha materializado, ha implicado una variación sustancial en el régimen de guarda y custodia, pasando el padre a detentarla respecto de Alberto, en tanto que la madre la mantiene en relación a Pedro y Juan, quienes se han trasladado a vivir a Madrid. Pronunciamiento con el que están de acuerdo ambos litigantes.

La distancia geográfica entre Asturias, donde reside el padre y Alberto y Madrid donde se ubica el domicilio de la madre y de los otros hijos menores, implica un obstáculo en el normal desarrollo del régimen de comunicación de los hijos con el progenitor no conviviente con los menores, llegando el apelante a descartar la conveniencia de fijar un régimen de visitas de fin de semana alternos que obligaría a los menores a pasar más tiempo en el medio de transporte que con él. Por ese motivo propugna la sustitución de esa comunicación de fin de semana, aunque fuera uno al mes, por el de cuatro puentes escolares al año, en lugar de puentes alternos como se recoge en la sentencia apelada.

La petición de la parte apelante debe ser acogida, siempre y cuando en el curso escolar haya esos cuatro puentes, lo cual es imposible de afirmar en estos momentos, pues dependerá cada año de cómo se distribuyan en el calendario, tanto las fiestas nacionales como las de la comunidad autónoma, las locales, e incluso las propias del curso académico. Régimen de visitas que si bien hemos de reconocer que no es usual se justifica en el caso de autos por la distancia geográfica existente entre ambos domicilios que aconseja que el tiempo de convivencia sea más prolongado que el de los dos días del fin de semana, pues sólo así compensa el realizar semejante viaje. Puentes escolares que supondrán además un paréntesis en el prolongado periodo de tiempo que media entre las vacaciones, de Navidad, Semana

Santa y verano, permitiendo por esta vía que el contacto entre el padre y los menores mantenga una cierta continuidad, conveniente para su normal desarrollo emocional y afectivo, así como que puedan relacionarse con su hermano Alberto. A fin de materializar este régimen de visitas los padres deberán concretar cada año a principio del curso escolar los puentes que los menores pasaran en Oviedo, procurando respetar, en la medida de lo posible, que haya uno cada trimestre.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso el apelante discrepa de la cuantía en la que cada progenitor ha de contribuir a la alimentación de los hijos con los que no conviven.

La contribución de los padres a la alimentación de los hijos ha de efectuarse, según disponen los artículos 93 y 146 del Código Civil EDL 1889/1 , con arreglo a las necesidades de éstos en cada momento, así como en proporción a su disponibilidad económica.

En el caso de autos la buena disponibilidad económica del padre, en estos momentos, no ofrece dudas. Aunque en el recurso pretenda que sus ingresos mensuales ascienden a 4.831'34 euros, al parecer porque se le ha incrementado el tipo de retención a cuenta del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo que no acredita, otra cosa resulta de las actuaciones, y así según su propia relación de ingresos a 24 de julio de 2.006 (documento cinco de la contestación a la demanda) reconocía percibir unos ingresos líquidos anuales de 66.708'54 euros, que prorrateados entre los doce meses del año dan una cantidad de 5.559'05 euros mensuales. Ingresos que vienen avalados por la certificación expedida por Hidroeléctrica del Cantábrico el 23 de octubre de 2.006, que refiere como ingresos una retribución fija de 5.389'26 euros (no especifica si líquidos o brutos), cuantía en la que además del sueldo se incluye premio de antigüedad, complemento del puesto y prorrateo de dos pagas extraordinarias, así como participación en beneficios. En el mes de enero de cada año percibe una compensación por desaparición de economato laboral, que en el año 2.006 fue de 386'69 euros; en mayo y como bolsa de vacaciones percibe una compensación de 1.476'70 euros y 23'90 por gratificación especial día de la energía. Además en los meses de marzo, junio y noviembre otras tantas pagas extraordinarias por importe bruto global de 10.647'75 euros. Como percepción variable recibe en el mes de marzo de cada año una compensación en función de los objetivos alcanzados, en concepto de Bonus que en el año 2.006 fue de 12.774'40 euros brutos. Finalmente y cada día efectivo de trabajo (197 días estimados al año), al realizar su jornada en régimen de partida percibe una compensación de ayuda de comida de 12'99 euros bruto. Certificación en la que ya se hace constar que la retención del IRPF es del 31%.

En cuanto a la madre se ignora si en estos momentos realiza alguna actividad laboral por cuenta ajena, ya que la oferta de trabajo indicada en la demanda inicial no llegó a consolidarse. Ahora bien, lo que no ofrece dudas es que goza de una disponibilidad patrimonial que le permite contribuir al mantenimiento de sus hijos, sólo así se justifica el que al tiempo de la separación no se preveiese una pensión compensatoria para ella, y el que durante el periodo que permaneció en Oviedo cooperara en la alimentación de los hijos, pues como ella misma reconoce en su escrito inicial a pesar de la elevada cuantía que satisfacía el padre para la manutención de los hijos ésta era insuficiente, teniendo en cuenta que los tres cursaban estudios en el Colegio Inglés en el que el coste del curso académico es elevado. A ello hemos de añadir que la apelante ha procedido a adquirir una vivienda en Madrid por más de 600.000 euros, si bien la ha sufragado, al parecer, con la venta de un piso en Oviedo y del domicilio familiar, transmisiones con las que ha obteniendo unos importes superiores al coste de adquirir la nueva vivienda. Lo cierto es que la apelada ha mantenido una total opacidad a la hora de concretar su situación patrimonial, lo que no puede redundar en su beneficio.

A lo anteriormente expuesto hemos de añadir que en estos momentos las necesidades escolares de los menores convivientes con la madre se han visto reducidas pues frente al elevado coste del curso escolar en el Colegio Inglés, han pasado a cursar estudios en un colegio concertado con una cuota mensual inferior, si bien no cabe ignorar que el coste general de la vida es superior en Madrid que en Oviedo. Ponderando todas esas circunstancias se estima procedente el mantener la suma de 516 euros mensuales con la que el padre ha de contribuir al mantenimiento de cada uno de los hijos que conviven con la madre. Lo que se estima improcedente es mantener las dos pagas extraordinarias por importe de 650 euros para cada hijo, dándose la paradoja de que esa cuantía se mantenía prácticamente inalterada a pesar de que en un primer momento se había previsto para los tres hijos menores y ahora era sólo para dos. Pagas extraordinarias cuya supresión viene amparada por la petición de modificación de la medida solicitada por el apelante en la contestación a la demanda no quedando justificado su mantenimiento, en particular si tenemos en cuenta que los padres han de contribuir al 50% en los gastos extraordinarios de los hijos, entre los cuales se encuadrarán los cursos de idiomas en el extranjero, única razón que podía explicar esa paga extraordinaria, dado su elevado coste.

En cuanto a la madre también ha de contribuir a la alimentación de Alberto, hecho que implícitamente admite al no recurrir la sentencia en la que se le fijaba esa contribución en una forma porcentual, que no comparte el tribunal. La contribución a la manutención del hijo en forma porcentual se justificaría si la apelada tuviera un trabajo con una retribución fija y conocida, pero no en el caso de autos en el que sabemos que tiene disponibilidad patrimonial y que puede contribuir a esa manutención, si bien sus bienes son difíciles de localizar, lo que nos lleva a fijar su aportación en 300 euros mensuales, a pagar dentro de los siete primeros días de cada mes y que se actualizarán a uno de enero de cada año, en función de las variaciones del IPC aprobado por el Instituto Nacional de Estadística o en su caso Organismo Público que lo sustituya, manteniendo la contribución al 50% de ambos progenitores en el pago de los gastos extraordinarios de éste hijo.

CUARTO.- Hemos de admitir que la sentencia de instancia estimaba parcialmente la demanda, estimación parcial que se ve corroborada en esta alzada y en consecuencia no procede hacer especial condena en costas de la instancia, por aplicación del artículo 394 n°2 , pronunciamiento que no tiene mayor importancia si tenemos en cuenta que ya en la sentencia de instancia no se hacía especial condena al respecto. Asimismo, la estimación parcial del recurso justifica que no se haga especial pronunciamiento de las costas del recurso, por aplicación del artículo 398 n°2 de la LEC EDL 2000/77463 .

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Bernardo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número siete de Oviedo en el Juicio de Modificación de Medidas 974/06 . Se revoca parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por la apelada, fijando como régimen de vistas del padre respecto de los hijos menores residentes en Madrid, a parte del vacacional de la sentencia de instancia, cuatro puentes escolares al año, que deberán concretarse a principios de cada curso escolar, fijando en ese momento la forma en la que se materializarán, si los menores deberán desplazarse a Oviedo o si será el padre quien lo haga a Madrid, como sería conveniente en alguna ocasión por el bien de los menores, procurando que al menos uno de esos puentes sea cada trimestre. Asimismo se suprimen las pagas extraordinarias que por importe de 650 euros, para cada hijo debía satisfacer el apelante, y se fija en 300 euros mensuales la cuantía con la que la madre ha de contribuir a la alimentación de Alberto, suma que deberá hacer efectiva dentro de los siete primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que indique el apelante, cuantía que se actualizará a primero de enero de cada año en función de las variaciones del IPC aprobadas por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Público que lo sustituya, también deberá contribuir la apelada al pago del 50% de los gastos extraordinarios que precise Alberto. En todo lo demás se mantiene la sentencia apelada. No se hace especial pronunciamiento de las costas del recurso.

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

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370042007100212