



Roj: SAP J 21/2015 - ECLI:ES:APJ:2015:21
Id Cendoj: 23050370012015100010
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Jaén
Sección: 1
Nº de Recurso: 1036/2014
Nº de Resolución: 21/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL MORALES ORTEGA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA Nº 21

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTA

D^a. Elena Arias Salgado Robsy

MAGISTRADOS

D. Rafael Morales Ortega

D^a. María Fernanda García Pérez

En la ciudad de Jaén, a veintiuno de Enero de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de **Juicio DE MODIFICACION MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO** seguidos en primera instancia con el nº 597 del año 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Martos, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 1.036 del año 2.014**, a instancia de **Jose Enrique**, representado en la instancia por la Procuradora D^a Macarena Ortega Morales, y defendido por el Letrado D^a. María Elena Carrillo Fernández; contra **María Inés**, representada en la instancia por el Procurador D. Antonio Luque Fernández y en esta alzada por la Procuradora D^a Dulcenombre Gutiérrez Gómez, y defendida por la Letrada D^a. Celia Megía Cuevas.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Martos con fecha 22 de Julio de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Doña Macarena Ortega Morales en nombre y representación de D. Jose Enrique y estimando parcialmente la demanda reconventional presentada por el Procurador D. Antonio Luque Fernández en nombre y representación de Doña María Inés **DEBO ACORDAR Y ACUERDO** la modificación de las medidas adoptadas en los autos de divorcio de mutuo acuerdo medidas de uniones de hecho 453/2008 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Martos en los siguientes términos:

1) Se reconoce expresamente que al ejercerse por ambos progenitores la patria potestad compartida, el demandante debe ser informado y participar en las decisiones futuras de Bernabe, que afecten al ámbito escolar, sanitario, religioso, siendo precisa la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico trascendente tanto si entraña gasto como si ésta cubierto por seguro o la Seguridad Social, interesando expresamente que se reconozca el derecho del demandante de acudir a las revisiones médicas periódicas que tiene el menor. Igualmente corresponde a ambos progenitores la decisión e intervención en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización de las mismas como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad del progenitor a quien corresponda el fin de semana correspondiente al día en que tenga lugar. Los dos padres tienen derecho a ser informado por terceros sobre la formación académica y de los boletines de evaluación de su hijo, así como de las reuniones habituales con los tutores o

servicios de orientación del centro escolar. Igualmente ambos tendrán derecho a obtener información médica y acceso a los informes médicos.

Fijación del siguiente régimen de visitas a favor del padre:

- Todos los miércoles desde la recogida del colegio hasta las 20.00 horas en Invierno y las 21.00 horas en Verano.

- Comunicación por teléfono todos los días de la semana que no esté en compañía de su padre a las 22.00 horas durante 5 minutos; Fines de semana alternos de cada mes, uno sí otro no, iniciándose el viernes a las 18.00 horas hasta el domingo a las 19.00 horas, con pernocta en el domicilio del demandante.

- Bernabe pasará los días festivos (siempre que no sean los días festivos de Navidad o Semana Santa y 15 de Agosto) con el progenitor que esté en su compañía el fin de semana anterior o posterior que más se aproxime, y si el día festivo fuere miércoles disfrutará de su compañía alternativamente un año la madre, otro el padre, en este último supuesto desde las 10.00 hasta las 19.00 horas.

Vacaciones:

1.- Las vacaciones correspondientes a los meses de verano, Julio y Agosto, los progenitores disfrutaran de la compañía de su hijo, en quincenas alternativas eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares con la pernocta correspondiente.

2.- Las vacaciones de Semana Santa y Navidad, el padre disfrutará de la compañía de su hijo la mitad de cada una de ellas, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, de igual modo con pernocta del hijo con el padre. Respecto a las vacaciones de Semana Santa, este periodo vacacional quedará dividido en dos subperiodos que abarca el primero desde el Viernes de Dolores al Martes Santo, ambos inclusive, y el segundo subperiodo es el que abarca desde el Miércoles Santo al Domingo de Resurrección, ambos inclusive.

Respecto a las vacaciones de Navidad este periodo vacacional, quedará dividido igualmente en dos subperiodos que van desde los días 23 de diciembre a 30 de diciembre , ambos inclusive, siendo el otro subperiodo el que abarca los días 31 de diciembre a 6 de Enero ambos inclusive.

- Cumpleaños de Bernabe (17 de diciembre) lo celebrará los años pares con la madre, y los años impares con el padre, que igualmente lo recogerá a la salida del colegio hasta las 21.00 horas. En el supuesto que el cumpleaños del menor caiga en fin de semana se establecerá un horario de 10.00 hasta las 17.00 horas para que sea disfrutado por el progenitor que ese fin de semana no le corresponda estar con su hijo, debiendo recogerlo y devolverlo en el domicilio donde se encuentre ese fin de semana el hijo. debiendo celebrarse el cumpleaños en la localidad de Martos, lugar de residencia del menor para que pueda estar con sus amigos y compañeros del colegio, sufragando ambos progenitores al 50% los gastos de celebración.

3.- Reducción de la pensión alimenticia abonar por el Sr. Jose Enrique al hijo menor Bernabe a la cantidad de 150 euros al mes.

4.- Ambos progenitores abonaran al 50% los gastos extraordinarios del menor como tales los gastos por asistencia medico-farmacológica que no estén cubiertos por el sistema de Seguridad Social o seguro médico privado de existir tales como gastos de dentista, vacunas, alergias , oftalmología y gastos relacionados con la enfermedad del menor o pruebas no cubiertas por la Seguridad Social o seguro privado ; cuotas del ampa, viajes escolares y extraescolares, academias de inglés, clases de refuerzo, gastos de actividades extraescolares, estudios universitarios.

Estos gastos se pagarán en el momento en el que progenitor custodio notifique el gasto, y los justifique mediante ticket, factura o nota justificativa del colegio al progenitor no custodio y se abonarán en la misma cuenta de los alimentos.

Sin especial pronunciamiento sobre costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Martos, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la representación de Jose Enrique , remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 21-1-2015 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Morales Ortega.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Contra la sentencia de instancia por la que estimando parcialmente tanto la demanda como la reconvencción presentadas en solicitud de modificación de las medidas adoptadas en sentencia de 16-7-08 , dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, seguido en el Juzgado de Instancia con el nº 453/08 y por la que se acordaba entre otras, por lo que aquí ahora interesa, la fijación de la comunicación telefónica diaria del actor como progenitor no custodio con su menor hijo, durante 5" a las 22:00 horas, cuando no tuviese al mismo en su compañía, así como la reducción de la pensión alimenticia de 400 euros fijada en su día, a la cantidad de 150 euros mensuales, al entender acreditada la existencia de una variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la adopción de las medidas consustanciales a la disolución del matrimonio en el proceso indicado, se alza la representación procesal de la demandada-reconviniente denunciando en primer lugar la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva, habiendo sufrido indefensión, por la ausencia de respuesta o más bien motivación respecto de la denegación de la petición de que la comunicación telefónica referida, se viese reducida a un día entre semana de manera flexible entre las 21:30 y 22:30 horas y se estableciera para ambos progenitores, pidiendo se subsane por este Tribunal tal omisión emitiendo un pronunciamiento al respecto, así como sobre la vigencia de obligación del actor acordada en el proceso de divorcio, de atender al 50% las posibles estancias hospitalarias que se pudieran producir por la enfermedad del hijo. En segundo término, denuncia la existencia de error en la valoración de la prueba en orden a la reducción de la pensión alimenticia acordada en base a la reducción de ingresos del apelado, argumentando en esencia que de la practicada no se acredita modificación de circunstancia alguna, sino lejos de ello que el apelado viene a obtener unos ingresos similares a los tenidos en cuenta para acordar la pensión inicial, así como que aquélla lo fue en cuantía más elevada por tener la recurrente que reducir su jornada laboral como auxiliar administrativo y consiguientemente su salario hasta los 419 euros, para dedicarse al cuidado del menor por la grave enfermedad que padecía, situación que la actual crisis le impide mejorar.

Segundo.- Centrado así el objeto del debate en esta alzada y no conformando su contenido el extremo relativo al acuerdo inicial sobre la obligación del padre de acompañar al menor en sus posibles estancias hospitalarias, difícilmente se puede haber vulnerado derecho constitucional alguno ni causar indefensión y por ende no puede ser objeto de análisis ahora como se pretende, en cuanto a la omisión del razonamiento y consiguiente pronunciamiento sobre la petición de comunicación formulada en su contestación, es cierto que es doctrina constante y reiterada (SSTS de 4 de febrero de 2000 y 28 de febrero de 2003) que el principio de congruencia proclamado en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , que en su modalidad omisiva tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120,3 de la Constitución , y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24,1 de la Constitución , exige inexcusablemente que toda sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente, por cuanto es doctrina constitucional pacífica y consolidada (STS de 23 de enero de 2004 y las que en ella se citan) que el artículo 24,1 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos su derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable, y congruente con su pretensión.

Ahora bien, esa misma doctrina (STS de 7 de abril de 2004), matiza no obstante, que para determinar la incongruencia se ha de acudir al examen comparativo de lo postulado por las partes, y los términos del fallo, aun estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, siempre que no se produzca una alteración de la causa de pedir, ni una sustitución de las cuestiones debatidas por otras, guardando el suficiente acatamiento de la sustancia de lo solicitado, aunque ello no requiera una exacta identidad, ni una literal concordancia, ni alcance a los razonamientos empleados por las partes, aplicando adecuadamente el derecho pertinente, sin necesidad de someterse a una rigurosa literalidad.

Es más, la misma doctrina recuerda (STS de 29 de septiembre de 2003) que la motivación aunque no alcanza a responder exhaustivamente a todas las cuestiones y argumentos expresados por las partes, sí exige el razonamiento adecuado a la decisión que se toma, de modo que aunque no es necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni todos los aspectos y perspectivas que las misma puedan tener de la cuestión que se decide, es al menos necesario que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que

no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos siempre que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión.

Así pues, atendiendo a dicha doctrina y tras la lectura de la resolución combatida, difícilmente se puede estimar conculcado el derecho constitucional que se invoca y menos aun haber sufrido indefensión por el hecho de que en su extensa fundamentación no haya respondido a tan puntual alegación o argumento, sobre un extremo además en el que debiera primar la flexibilidad de acuerdo entre progenitores tan celosos del cumplimiento de las funciones paterno-filiares que le incumben, máxime la pretensión ahora reproducida se ha de entender implícitamente desestimada al acoger la pretensión de contrario de la comunicación diaria que en la sentencia se ha de entender justificada por el sólo razonamiento del favorecimiento en aras a un mejor desarrollo afectivo del menor y lógicamente en su propio interés que es el que en definitiva ha de primar por encima de cualquier otro.

Aclarado lo anterior no obstante y limitándose finalmente el motivo analizado a insistir en la petición expuesta al inicio, no a la nulidad de la resolución por falta de motivación a la que parecía inicialmente encaminado la nominación del motivo, no se estima razonable restringir las comunicaciones acordadas a un solo día a la semana como se pretende, pues no puede primar la comodidad de la apelante sobre la fluidez y necesaria amplitud de las relaciones con el padre, no sólo por ser tan necesarias como las de la madre para el citado desarrollo, sino porque en situación de normalidad como la analizada en la que por aquel se pretende una mayor implicación personal, no se invoca ninguna razón válida para la restricción de las mismas.

Ahora bien, en aras a ese prevalente interés del menor, aun siendo su previsión realmente lógica en el desarrollo cotidiano del ejercicio responsable las funciones de la patria potestad, tampoco se justifica y por ello se ha de acceder a la petición formulada, por un lado, la rigidez del régimen de comunicación establecido, debiendo por ello ampliarse el horario de las posibles llamadas en la forma en que se solicita en la franja que va desde las 21:30 hasta las 22:30 horas de cada día en la que el menor puede atenderlas por haber terminado sus quehaceres, y por otro, resulta obvia y en consecuencia como todo lo razonado hasta ahora de voluntario cumplimiento de los progenitores sin necesidad de petición de fijación de mínimos, la necesidad del establecimiento de una reciprocidad en tales comunicaciones, debiendo gozar la madre por tanto de la misma posibilidad de comunicación con el menor cuando éste se encuentre con el padre.

Se estima pues, en el sentido expuesto el motivo analizado.

Tercero.- En lo que se refiere a la impugnación de la reducción de la petición de la pensión alimenticia acordada, se viene a negar en definitiva la acreditación de concurrencia de la alteración sustancial de circunstancias, con los presupuestos requeridos por la jurisprudencia y doctrina de las AA.PP., de trascendencia, permanencia, no imputabilidad y novedad, argumentando concretamente que del resultado de la prueba practicada, no se puede estimar justificada la disminución de ingresos que en la instancia se apreció había sufrido el apelado.

Se insiste al respecto, como ya se alegó en la instancia, que según la información fiscal aportada al acto de la vista, los ingresos obtenidos en 2.013 eran incluso superiores a los del momento en que se suscribió el convenio regulador en 2.008 y que según la declaración del IRPF ascendían a 10.940,58 euros, pues aun careciendo de trabajo en la actualidad, el actor percibió en aquella anualidad además de los 508 euros de la prestación de desempleo -6.607 euros-, otra suma de 4.879,35 euros por rendimientos derivados de actividad profesional en el ramo de la venta de seguros; por ello se viene a argumentar, que tal circunstancia o conducta de haber pretendido ocultar estos últimos ingresos, unida a que el quantum de los alimentos acordado en su día, más elevado de lo que correspondía a los ingresos del obligado, obedecía a la necesidad de atender unos mayores gastos por el tratamiento, alimentación, etc, de la grave enfermedad que padecía el hijo y a que la apelante hubo de renunciar a la jornada completa de trabajo para atenderlo, se ha de concluir que no existe variación sustancial que justifique la reducción acordada, solicitando por ello el mantenimiento de la pensión alimenticia o a lo sumo, subsidiariamente en su caso, que el quantum no fuese inferior a las tablas orientadoras del CGPJ.

Siendo lo discutido pues, la cuantía en la que se fija la pensión alimenticia, habremos de partir como de sobra es conocido, de que a tal fin se ha de atender tanto a la necesidad del alimentista como al caudal o medios del alimentante, de modo que como reitera la jurisprudencia (STS de 16 de julio de 2002) tan decisivo es ponderar las necesidades de los hijos como la capacidad o medios económicos de que dispone quien está obligado a prestar esta obligación pues otro criterio supondría infringir el art. 146 del CC . y es así que en atención a dichos parámetros, no aprecia esta Sala el error que se denuncia, por no poderse tachar de incongruente o ilógica la conclusión que la Juzgadora alcanza y cuya revisión se pretende, pues aun siendo

cierta la constancia de los ingresos que se denuncian obtuvo el apelado en 2.013, no se puede hablar de intencionada ocultación, pues a la fecha de presentación de la demanda los mismos no podían ser conocidos y menos aun se puede sin más establecer la presunción de que también esa cantidad fue ingresada en 2.014, porque a falta de cualquier otra prueba, se ha de estimar lógica la explicación que el Sr. Jose Enrique ofreció en su interrogatorio tras reconocer como ciertos tales ingresos, de estar intentando dedicarse a la actividad profesional de venta de seguros, tratando de captar clientes entre la familia y conocidos, pero sin que se trate de una actividad estable que le proporcione ingresos más o menos fijos -22:38-, viniendo a obtener unos 100, 150 euros mensuales de comisión, siendo extraordinario el mes que alcanza los 300 euros, para poder subsistir y hacer frente a los gastos, al cobrar actualmente no la prestación por desempleo más elevada, sino sólo los 416 euros de subsidio -extremo este acreditado con el documento nº 2 aportado al acto de la vista-, añadiendo que vive con sus padres y para abonar la pensión estos le tienen que ayudar.

Así pues, partiendo de que al tiempo del divorcio, el apelado tenía un trabajo estable percibiendo unos ingresos fijos que superaban los 900 euros, habrá de convenir con la Juez a quo, sí ha sufrido reducción de aquellos, al poder oscilar ahora entre los 500 ó 600 euros, a lo sumo 700, teniendo incluso en cuenta como se pretende los resultantes de la venta de seguros en la cuantía obtenida en 2.013, pues aunque el bruto lo fue por el importe indicado de 4.879, el efectivo cobrado habría que aminorarlo en principio en 1.024,69 euros de retención. Por otro lado, aun atendiendo a que la pensión inicial fuese más elevada que la que correspondía a los ingresos para atender los gastos de la enfermedad del menor, también consta documentalmente acreditado como se razona en la instancia, que afortunadamente se encuentra recuperado, no precisando tratamiento de quimioterapia y sí solo revisiones analíticas y endocrinas protocolarias anuales como además manifestó el Sr. Jose Enrique -14:22-, por lo que parece lógico concluir que también habrían desaparecido esos mayores gastos, que en cualquier caso de aparecer de nuevo, habrían de ser atendidos por merecer el carácter de extraordinarios conforme a la concreción que en la presente litis se ha efectuado.

Se desestima pues el motivo al considerar correcta la valoración que se impugna y por ello la apreciación de variación sustancial de las circunstancias que justifica la reducción de la pensión alimenticia acordada, que por otro lado y con los parámetros económicos de ambas partes se ajusta a la contemplada en las tablas orientativas publicadas por el CGPJ en las que la apelante también trata de apoyarse.

Cuarto.- Habida cuenta de la estimación parcial de la apelación interpuesta, no procede hacer expreso pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta alzada - art. 398.2 LEC .-.

Quinto.- Habida cuenta de la estimación parcial de la apelación interpuesta, no procede hacer expreso pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta alzada - art. 398.2 LEC .-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Martos, con fecha 22-7-14 , en autos de Modificación de Medidas, seguidos en dicho Juzgado con el nº 597 del año 2.013, debemos revocar la misma en el solo sentido de acodar que la comunicación telefónica con el menor se ha de extender a ambos progenitores cuando no tengan a aquel en su compañía y la misma podrá efectuarse en la franja horaria de 21:30 a 22:30 horas, confirmándose el resto de los pronunciamientos y sin que proceda hacer expresa declaración de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso, por infracción procesal, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional en los términos que señalan el Ordinal 3º del nº 2 y el nº 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley Procesal , ambos preceptos en relación con la Disposición Final 16 del repetido Cuerpo Legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre , salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 1036 14.



Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Martos, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ