

Id Cendoj: 29067370042005100568
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Málaga
Sección: 4
Nº de Recurso: 68/2005
Nº de Resolución: 689/2005
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MELCHOR ANTONIO HERNANDEZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA Nº 689/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION CUARTA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D.MANUEL TORRES VELA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D.JOAQUIN DELGADO BAENA

D.MELCHOR HERNANDEZ CALVO

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO
3 DE ANTEQUERA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 68/2005

JUICIO Nº 234/2002

En la Ciudad de Málaga a veintinueve de julio de dos mil cinco.

Visto, por la SECCION CUARTA de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Separación Contenciosa seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso Victor Manuel en la instancia fuera parte demandada y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. CRIADO IBASETA, y defendido por el Letrado D. MERCEDES DE LOS RIOS GONZALEZ; y Camila que en la instancia fuera parte demandante y comparece en esta alzada representado por el Procurador DÑA. DEL RIO BELMONTE, CELIA y defendido por el Letrado D. MORENO LOPEZ, JUAN LUIS. Es parte recurrida MINISTERIO FISCAL .

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 15 de Octubre de 2004 , en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. ORTIZ MORA en nombre y representación de Camila , frente a Victor Manuel representado por el Procurador Sr. BUJALANCE TEJERO y estimando parcialmente la demanda reconventional presentada por el Procurador Sr. BUJALANCE TEJERO en nombre y representación de Victor Manuel contra Camila representada por el Procurador Sr. ORTIZ MORA debo declarar y declaro la separación del matrimonio formado por Camila y Victor Manuel y debo acordar y acuerdo las siguientes

medidas:

1ª.- La titularidad de la patria potestad sobre los dos hijos menores será compartida por ambos conyuges.

2ª.- La guarda y custodia de la hija menor Almudena se atribuye a Camila y se fija como régimen de visitas durante el que Víctor Manuel tendrá a la menor en su compañía el siguiente: los fines de semana alternos, desde las 18:00 horas del viernes hasta las 18:00 horas del domingo, debiendo ser recogida y devuelta en el hogar familiar donde habita con la madre. Las vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y semana blanca o equivalente, por mitad entre ambos progenitores alternándose los periodos cada año, es decir, que si el próximo año correspondiese el padre el mes de julio, al año siguiente le correspondería el de agosto. En el presente año natural, a contar desde la notificación de la presente resolución, los primeros periodos de las vacaciones corresponderán a Víctor Manuel y los segundos a Camila, todo ello salvo mejor acuerdo de las partes. En caso de puentes festivos si se extienden a lo largo de un fin de semana y dos días más, Víctor Manuel tendrá en su compañía a la hija durante un día más, si se tratase del fin de semana que le corresponde, trasladándose la hora de restitución al día siguiente si fuese lunes, o adelantándose un día la entrega si el puente abarcase un jueves y un viernes. En caso de que estos puentes no coincidan con unos de los fines de semana que la menor deba estar con el padre, Víctor Manuel, éste tendrá consigo a la menor el primer día del puente, si es de jueves a domingo, y el último si es sábado a martes, es decir, los jueves y los martes respectivamente. Para el caso de los puentes que solo tengan un día, si no coinciden con el fin de semana de estancia con el padre, no existirá ninguna alteración, y si coinciden el padre tendrá consigo a la menor un día más, es decir adelantando la recogida o retrasando la entrega 24 horas, según si el puente comprende el viernes o el lunes respectivamente. Además de ello el padre tendrá derecho a tener en su compañía a la menor un día entre semana desde las 16:00 horas, hasta las 20:00 horas, debiendo recogerla y restituirla en el hogar familiar. El día se fijará por ambos cónyuges de mutuo acuerdo. En defecto del mismo será el miércoles de cada semana.

3º.- La guarda y custodia del hijo menor Francisco se atribuye a ambos progenitores conjuntamente debiendo estar con cada uno por periodos de tres meses. Esto se articulará del modo siguiente desde la notificación de la presente Sentencia:

- El primer periodo de tres meses corresponderá al padre computables desde la notificación de esta resolución.

- El siguiente periodo comenzará a correr una vez transcurridos tres meses desde dicha notificación.

- Durante el periodo en que Rubén se encuentre con uno de los progenitores el otro tendrá derecho a estar con él:

1.- Los fines de semana alternos desde las 18:00 horas del viernes a las 18:00 horas del domingo debiéndose ser recogido y reintegrado en el domicilio del que sea conyuge custodio en ese momento.

2.- Las vacaciones escolares, Navidad, Semana Santa, verano y semana blanca, no será computables en los periodos de tres meses, de tal modo que dichos periodos se interrumpirán el día de cominezo de las vacaciones y se volverán a reanudar inmediatamente después de su finalización. Para estas vacaciones se ija el mismo régimen que para su hermana Laura debiendo coincidir ambos menores, salvo imposibilidad.

4º.- El uso exclusivo del hogar y ajuar familiar sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Antequera, corresponderá a la menor Almudena y a Francisco, durante el tiempo que deba estar con la madre, y al progenitor con quien viva la menor, Camila a Víctor Manuel se atribuye la administración, en la misma forma y condiciones en que lo venía haciendo hasta este momento, del piso propiedad del matrimonio sito en la Avenida de las Palmeras, URBANIZACIÓN000 Bloque NUM001, de la localidad de Benalmadena. Camila tendrá uso de la cochera de la vivienda que constituía el hogar familiar y Víctor Manuel el uso de la cochera del piso de Benalmadena.

5º.- Víctor Manuel abonará en la cuenta nº NUM002, cuya titularidad corresponde a Camila, mensualmente, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 300 euros en concepto de pensión alimenticia de la hija menor Almudena y la cantidad de 400 euros mensuales en concepto de pensión alimenticia del hijo menor Francisco los periodos de tres meses que éste se encuentre con su madre, actualizándose dichas cantidades anualmente, con efectos del primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimente el IPC, según el Instituto Nacional de Estadística u organizamo que le sustituya.

6º.- Victor Manuel abonará en la cuenta que designe Camila , mensualmente, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 350 euros en concepto de pensión compensatoria, actualizándose dicha cantidad anualmente, con efectos del primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimente el IPC, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Esta obligación tendrá una duración de CUATRO años desde la notificación de la presente Sentencia.

7º.- Los dos préstamos pendientes en las entidades de UNICAJA nº NUM003 y el Banco Popular Español nº NUM004 serán abonados por ambos cónyuges: un 30, 77 % es decir 194, 75 euros mensuales, por Camila ; y un 69, 23% por parte de Victor Manuel , es decir, 438,20 euro. La cantidad que abone Camila será en aquel de los préstamos que acuerden las partes. en defecto de acuerdo deberá satisfacer esta cantidad con el préstamo del Banco Popular Español.

8º.- A cada uno de los conyuges les corresponderá uno de los vehículos del matrimonio: a Camila el vehículo modelo Opel Calibra y a Victor Manuel el vehículo modelo Ford Orion.

No ha lugar a la imposición de costas.

Una vez firme la presente, comuníquese de oficio al Registro Civil en que conste el asiento del matrimonio, remitiéndose al efecto testimonio de la misma, para la anotación correspondiente".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 25 de Julio de 2005 quedando visto para sentencia.

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

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MELCHOR HERNANDEZ CALVO quien expresa el parecer del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Don Victor Manuel , disconforme parcialmente con la sentencia recaída en la instancia, interponer recurso de apelación, alegando: 1) Error en la valoración de la prueba pericial, informes psicológicos, de la que se desprende la grave manipulación de la madre respecto a sus hijos, de lo que se deduce que no es idónea para asumir la custodia de sus hijos, carece de responsabilidad y de pautas de pautas educativas, por lo que debe otorgarse la guarda y custodia al recurrente, lo que implicará la atribución del domicilio familiar. 2) Para el caso de que no se modificara la custodia, se le exima al recurrente de la obligación de prestar alimentos al menor Francisco , los períodos en los que esté con su madre, al no establecer la resolución recurrida la correlativa obligación de la madre en los períodos, en los que conforme a la patria potestad compartida, está a su cargo. 3) No existe desequilibrio económico alguno, por lo que habrá de suprimirse la pensión compensatoria, ya que, aunque la esposa tenga menos ingresos, sus emolumentos se consideran suficientes para subvertir a sus propias necesidades que lo hace incompatible con derecho de esta naturaleza. 4) Los préstamos hipotecarios correspondientes a la compra de dos inmuebles de naturaleza común y proindivisa deberán ser abonados al 50% y no en proporción a los ingresos, ya que no es una carga del matrimonio. 5) La sentencia es desproporcionada al atribuir a la esposa el uso y disfrute de la vivienda familiar y el 50% de los ingresos del apartamento de la playa, cuyo uso deberá ser atribuido al recurrente. Por su parte, la representación procesal de Doña Camila , interpone recurso de apelación, alegando: 1) La guarda y custodia compartida se establece a partir de conclusiones que la perito sicóloga extrae de una exploración a la que la propia sentencia priva de valor por calificarla de engañosa, ya que para reforzar los vínculos paternos, basta con un régimen más amplio; sin embargo, separa a los hermanos y no tiene en cuenta otros factores que permiten concluir que lo más beneficioso para el menor es atribuir la guarda y custodia a la madre. En todo caso, y subsidiariamente debería fijarse el mismo régimen de visitas para ambos cónyuges. 2) En relación a la pensión compensatoria, para el caso de que se atribuya la guarda y custodia de Francisco a la recurrente, se imponga al padre una pensión alimenticia de 750 euros, y para el caso de que se mantenga, se imponga al esposo una pensión alimenticia de 375 euros para cada uno de los hijos, pagadera en las circunstancias que expresa la sentencia, y, en todo caso, de mantenerse los pronunciamientos de la sentencia, se imponga una pensión alimenticia de 350 euros para cada uno de los hijos. 3) Incurrir en incongruencia extra petita la sentencia, tanto al otorgar una cantidad no pedida por ninguna de las partes, cuya cuantía también se impugna, como al limitarla temporalmente por cuatro años, debiendo establecer la cantidad interesada en la

instancia. 4) En relación con el pago de los préstamos del matrimonio, se imponga al esposo la obligación de hacer frente a ambos, en los términos fijados en el auto de medidas provisionales previas a la interposición de la demanda, al reconocer el Juzgador de Instancia que no han variado la circunstancias en su día tenidas en cuenta a la hora de así fijarlo. Los motivos, son comunes, sin bien se ataca la sentencia pretendiendo distintas conclusiones, por lo que deberá analizarse cada uno de ellos, con la finalidad de revisar la adecuación o no del criterio seguido por el Juzgador de Instancia al supuesto que nos ocupa.

SEGUNDO.- El primer motivo es la atribución de lo que denomina guarda compartida del hijo del matrimonio Francisco , imputando ambas partes desacierto a la hora de valorar la prueba pericial en la que el Juzgador de Instancia basa su decisión de establecer una guarda y custodia por tres meses sucesivas. Pues bien, la propuesta realizada por la perito Sra. Guadalupe , se basa (segundo informe) tras la constatación de que el menor mentía cuando decía que se hacía ,pis" al ver al padre y que esta actitud estaba inducida (por la madre que le echaba agua por encima), concluyendo la manipulación (síndrome de **alienación parental**) que es perjudicial para el menor, proponiendo la patria potestad compartida, comenzando por el padre, pensando en el beneficio del menor, con la finalidad de normalizar las relaciones, ante el exceso de denuncias entre los padres y que el menor disfrute de ambos entornos. Sin embargo, esta inducción, contraria a la figura del padre, no se aprecia en la hija menor del matrimonio Almudena , por lo que concluye que la propuesta respecto de Francisco , no es extrapolable a esta. Y aunque se planteo que es perjudicial para la separación de los hermanos, cree la perito que queda paliado por el amplio régimen de visitas propuesto respecto de la hermana. Sin embargo, a juicio de esta Sala, ponderando los intereses en juegos, se estima que ante la actitud del menor, pues no puede olvidarse que ya fue reconocido en la instancia que cambia de actitud con la madre, al haber asumido la figura del padre, y no gustarle el novio de su madre, se va a vivir con su padre y también cambia de actitud con este y vuelve de nuevo con la madre y a la vista de que la perito informa que el menor se siente a gusto en el entorno de la madre y constatado también que durante la estancia el menor (un mes) con el padre, también rompió de forma rotunda, las relaciones con su madre, y que son los padres los que con su actitud, mutuamente reprochable, en torno a la educación de su hijo, al no favorecer las relaciones con el contrario, se debe concluir, que lo más beneficio para el menor, al tenerse en cuenta que el auto de medidas provisionales se dictó el día 17 de mayo de 2002 (por el que se rigen la guarda y custodia y visitas) es que no se separe de su hermana, ya que tampoco se puede ,premiar" el castigo que éste conscientemente aplica sobre los progenitores, en cuanto es llamado la atención (por ejemplo para que estudie), estimando más favorable, el que ya conoce, junto a su hermana y madre, en la localidad donde ha ido creciendo, pues una ,custodia compartida" de tres meses, y sólo respecto de uno de los hijos, en nada beneficia al menor. Con ello, no se quiere indicar una mayor idoneidad de uno y otro cónyuge, sino respeto al mandato de nuestro Código Civil u actuación en interés del menor, por mandato constitucional, pues esta Sala comparte el criterio de la perito en el sentido de que ambos padres están fallando en las pautas educativas para el menor, lo que puede conllevar consecuencias nada aconsejables, caso de continuar ambos cónyuges en su actitud actual. La atribución de la guarda y custodia a la madre, con revocación de este particular de la sentencia recurrida, conlleva el establecimiento de un régimen de visitas amplio para el padre, en igual y en idénticos períodos respecto de la hija menor Laura.

TERCERO.- Consecuentemente con el pronunciamiento anterior, y sin necesidad de entrar en los motivos alternativos invocados por las partes, se está en el caso de fijar definitivamente, una pensión alimenticia a favor del hijo menor Francisco , a cargo del padre. Y en este aspecto, recordar, que como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, las tablas orientativas no son vinculantes, y que la cantidad establecida, analizada en función de los ingresos de ambos cónyuges, que esta Sala comparte y que da aquí reproducida, al ser fiel reflejo de la prueba que obra en autos (documental correspondiente a los ingresos de ambos cónyuges). Sin embargo, aún cuando los hijos tienen edades diferentes, se estima que no hay constancia en autos para establecer una cantidad distinta para cada uno de ellos, máxime cuando la edad, va equilibrando las necesidades, debiendo concluirse que la cantidad total de 700 euros mensuales es acorde a los criterios exigidos por el *artículo 146 del Código Civil* , que establece que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, debiendo entenderse esta cantidad equiparable para ambos hijos (350 euros mensuales para cada uno de ellos).

CUARTO.- En tercer lugar, debe analizarse la procedencia de la pensión compensatoria acordada en la instancia, y los motivos alegados por ambas. Antes debe traerse a colación la importante sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 10-2-2005, nº 43/2005, rec. 1876/2002 . Pte: Corbal Fernández, Jesús, en la que se plantea el tema de interés casacional relativo a si el *art. 97 del Código Civil* permite fijar la pensión compensatoria con carácter temporal a cuyo efecto se afirma la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, pues en tanto unas Sentencias lo admiten, otras entienden que debe ser vitalicia, razonando que , la problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares

sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales -y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral-, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización -unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad-, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria. El *art. 97 CC* dispone que „el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:". Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios. El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio -que constituyó la „condicio iuris" determinante del nacimiento del derecho a la pensión-. A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un encomiable esfuerzo discursivo. Y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del *art. 97* no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la „ratio" del precepto; contradice la literalidad de los *arts. 99 y 101 CC*, *art.99*, *art.101*; quedarían sin contenido los *arts. 100 y 101 art.100 art.101*; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta; y que la pensión compensatoria „tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado periodo de tiempo". Y en favor se sostiene que: el *art. 97 CC* no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye; no contradice los *arts. 99, 100 y 101 CC*, *art.99 1*, *art.100*, *art.101 1*, y en absoluto es contrario a la „ratio" legal; el *art. 97* no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la „ratio" del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación; y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. Asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza; que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión, y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable; que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional, (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de „evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral", y se hace especial hincapié en que „se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral" por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral). También se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones

de excesiva provisionalidad; y se aduce el carácter dispositivo -se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo la SS del TS. de 2 de diciembre de 1987 y 21 de diciembre de 1998 y RDGR y N 10 de noviembre de 1995 ; y que la realidad social (art. 3.1) la admite -se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral-. Y se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los tribunales en relación con la aplicación del art. 101 ; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad -con sus diversas perspectivas ventajosas-; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el art. 10 CE ; además de que -se razona- si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurren; y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el art. 101 CC , si por cese de la causa que la motiva se considera ,de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la ,desconexión",. Desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/98, de 15 de julio -en cuyo art. 86.1 d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció-; y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio". Concluyendo que ,la regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio , regula la pensión compensatoria con características propias -"sui generis"- . Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia -que atiende al concepto de necesidad-, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y art.100 art.101 , ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la ,perpetuatio" de un ,modus vivendi", o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el art. 97 CC -el que no la recoja no significa que la prohíba-, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los arts. 99, 100 y 101 CC , art.99 , art.100 art.101 , y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada. Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del art. 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 CC , con arreglo al que ,se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS. 31 marzo 1978 y 7 enero y 25 abril 1991 , entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 - SS. 21 noviembre 1934 y 24 enero 1970 -, como con posterioridad - SS. 31 marzo 1978 y 28 enero 1989 -, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS. 10 abril 1995 y 18 diciembre 1997). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las SS. 17 mayo 1982 y 6 junio 1984 -sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilísimo originario en relación con el art. 1902 CC -; 10 diciembre 1984 -el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería-; 13 julio 1994 -innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad ex. art. 16 LPH -; 18 diciembre 1997 -realidad social del mundo laboral-; 13 de marzo de 2003 -evitar supuestos de abuso notorio de derecho-. Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad -"ratio"- de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. De lo dicho se deduce que la ley -que de ningún modo cabe tergiversar- no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación. Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los

hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión ,ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado ,futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección. En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP. y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del *art. 97 CC* , siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal".

Pues bien, descendiendo al supuesto de autos, se está en el caso de desestimar los motivos de impugnación formulados por ambas. Existe desequilibrio económico (el que hay que constatar) dado el nivel que disfrutaban los cónyuges durante el matrimonio (segunda vivienda o apartamento, dos vehículos) y se produce un empeoramiento en la situación económica de la esposa en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, ya que los ingresos de la esposa son inferiores a los del esposo y con ellos, es notorio que no va a disfrutar el mismo ,nivel de vida". Que se tenga en cuenta, como hace el Juzgador de Instancia, la capacidad económica del pagador, es una circunstancia expresamente recogida en el artículo 97, a la hora de fijar la cuantía de la misma, como lo es también la capacidad económica de la esposa, constado que ha aprobado las oposiciones al SAS, fijándose una cantidad (350 euros mensuales) que esta Sala estima ajustada a las circunstancias concurrentes. Como también lo es, dado el tiempo de matrimonio, contraído el 6 de octubre de 1990, y la capacidad constatada de la esposa para acceder y conseguir un acceso al mercado laboral definitivo, que se establezca una duración de cuatro años (conforme a los criterios anteriormente expuestos por el Tribunal Supremo), limitación temporal que en modo alguno puede tacharse de incongruente, ya que se puede otorgar menos de lo pedido y la pensión compensatoria sí fue interesada en la instancia, que es el criterio que se recoge en las sentencias que se consignan en apoyo de su pretensión revocatoria: una cosa es que se tenga que interesar (petición de parte) la pensión compensatoria, para poder ser otorgada en sentencia y otra muy distinta es establecer una limitación temporal de la misma.

QUINTO.- En cuanto a la obligación de abonar los préstamos hipotecarios que gravan los bienes comunes, es claro, que el reparto, en modo alguno supone sustitución o novación subjetiva en la persona el deudor respecto del acreedor, el banco prestatario. Pero sí es una carga del matrimonio, más concretamente deuda de la sociedad de gananciales, y por ello, se puede establecer la obligación de uno y otro cónyuge para su pago, con la finalidad de concretar o incluso equilibrar las obligaciones de ambos, tras la ruptura y hasta el momento de la disolución de la sociedad de gananciales y sin perjuicio de los créditos que les asistan en esta liquidación. Sin embargo, en aras a la futura liquidación del régimen económico matrimonial y teniendo ingresos ambos cónyuges, aunque no sean los mismos, se está en el caso de concluir que lo más adecuado es establecer una contribución igualitaria, esto es, el cincuenta por ciento de los mismos para cada uno de los cónyuges, criterio que es el usualmente seguido por otras Audiencias Provinciales, como se alega por la representación procesal del esposo. Por último y en relación con el apartamento de la playa, sito en Benalmádena, la obligación de rendición de cuentas y reparto de los ingresos, se estima que es adecuada a la naturaleza ganancial del bien, medida adoptada que supone una administración o cautela, que ningún precepto infringe, y que en esta sentido se acuerda, pues no puede olvidarse que la única vivienda respecto de la que cabe pronunciamiento en esta sede, es la vivienda que fue domicilio conyugal, cuya atribución a la esposa e hijos, es incuestionable, al proteger el interés más necesitado de protección.

SEXTO.- Que al estimarse parcialmente los respectivos recursos de apelación interpuestos, no procede hacer expresa condena de las costas causadas en esta instancia (*artículo 398.2 de la L.E.Civil*) Y

En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

FALLAMOS:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Víctor Manuel y el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña Camila contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Antequera, en los autos de juicio sobre separación matrimonial a que dicho recurso se refiere, previa revocación parcial de la misma, debemos:

a) Atribuir la guarda y custodia del menor Francisco a su madre, con establecimiento a favor del padre de un régimen de visitas idéntico al contenido en la sentencia recurrida respecto de la también hija menor del matrimonio Almudena .

b) Fijar como pensión alimenticia la cantidad de 350 euros mensuales para cada uno de los hijos del matrimonio que será abonada por Don Víctor Manuel , en la forma y con las cautelas establecidas en la sentencia recurrida.

c) Fijar la contribución de los cónyuges deberá al pago de los préstamos hipotecarios que gravan bienes comunes, en el cincuenta por ciento.

d) Confirmar el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida.

e) No hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

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

PUBLICACION.- En el día de su fecha fue leída la anterior sentencia, por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.