

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.218 art.394 art.398

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**ALIMENTOS****PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL**

A favor de los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

CARGA DE LA PRUEBA**CARGA DE PROBAR LO PEDIDO EN LA DEMANDA****MATRIMONIO****EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

Pensión compensatoria

Denegación

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA**Legislación**

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

Cita Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Con estimación de la demanda interpuesta por el Procurador D. Pere Martí Gellida en nombre y representación de Dª Magdalena frente a D. José María, debo declarar y declaro la SEPARACIÓN MATRIMONIAL de D. José María y Dª Magdalena, con todas las consecuencias legales y en especial las siguientes: 1º) Los cónyuges podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, quedando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, y cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.- 2º) Se atribuye a Dª Magdalena la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, Felix y Carlos Antonio, compartiendo ambos progenitores la patria potestad.- 3º) D. José María podrá visitas y estar con sus hijos, cuantas veces deseen las partes estableciéndose como régimen mínimo de visitas el siguiente: el Sr. José María podrá relacionarse con sus hijos menores de edad los martes y los jueves desde la salida del colegio o de la guardería hasta las 20:00 horas; los fines de semana alternos de cada mes desde la salida del colegio o guardería del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, debiendo en todos los casos recogerse y retornarse al menor en el domicilio materno (domicilio conyugal); vacaciones de verano: desde que los hijos terminen el período escolar hasta el 31 de julio a las 21:00 horas estarán con el padre los años pares, y con la madre desde ese momento hasta que comience el período escolar, ya la inversa los años impares; vacaciones de Navidad: estarán divididas en dos períodos: desde la salida del colegio del último día escolar hasta el 31 de diciembre a las 20:00 horas, y desde el citado día y hora hasta las 21:00 horas del último día del período vacacional, correspondiendo al padre el primer período de vacaciones los años impares, y el segundo los pares; vacaciones escolares de Semana Santa: la custodia de los hijos corresponderá alternativamente de viernes a martes con el padre, y de miércoles a lunes con la madre, alternándose en años sucesivos, comenzando con este sistema el padre el primer año. En todos los casos el padre recogerá y reintegrará a los menores en el domicilio familiar, salvo que lo fuera en los días correspondientes a la escuela o guardería. Asimismo, el padre podrá llevar a los niños al colegio por las mañanas, durante semanas alternas, comenzando el padre la siguiente semana escolar al momento de notificarse la presente resolución, salvo que no pueda hacerse cargo por razones laborales.- 4º) Se atribuye a los hijos menores de edad y a Dª Magdalena el uso y disfrute de la vivienda familiar, así como el mobiliario y ajuar doméstico que permanece en la misma.- 5º) D. José María pasará mensualmente y en concepto de pensión alimenticia a favor de cada uno de sus hijos la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300), por meses anticipados, en los cinco primeros días de cada mes y en 12 mensualidades al año. Este ingreso se hará en la cuenta corriente o de ahorro que señale la madre y que deberá aperturarse a nombre de los hijos. Dicha cantidad de actualizará

anualmente con arreglo al porcentaje de variación que experimenten los ingresos del obligado al pago, y en su defecto, al que experimente el IPC. Los gastos extraordinarios se sufragarán por mitad entre el padre y la madre.- 6º) No ha lugar a establecer pensión compensatoria.- No se hace expreso pronunciamiento sobre costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso al mismo, así como el Ministerio Fiscal; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2.004.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a ANNA M^a GARCIA ESQUIUS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a las sentencia de instancia interpone recurso de apelación la parte actora del procedimiento impugnando tres de los pronunciamientos de la misma: el régimen de visitas del padre con los hijos, el importe de la pensión de alimentos a favor de los menores y a cargo del padre y la denegación de la pensión compensatoria solicitada.

La sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. 1 de Martorell fija, entre otras, las siguientes medidas reguladoras de la separación: a) un régimen de visitas del padre con los hijos consistente en fines de semana alternos desde la salida de la guardería el viernes hasta las 20 horas del domingo, dos tardes intersemanales y vacaciones por mitad y b) una pensión de alimentos a cargo del padre de 300 euros mensuales para cada hijo, es decir 600 euros mensuales, más la mitad de los gastos extraordinarios.

Respecto al régimen de visitas hemos de partir que el criterio preferente en el momento de establecer un régimen de comunicación paterno-filial no puede ser otro que el del interés del menor a quien se ha de proteger en todo caso y cuyo bienestar se trata de garantizar. Este es el principio informador tanto en la legislación internacional, (Convención de los Derechos del Niño, artículos 3.1, 18, 20 y 27) como nacional ya sea a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de la Llei 8/1995, de 27 de julio, del Parlament de Catalunya, como en los preceptos contenidos en el Código Civil, artículos 92, 93, 94, 101, 154, 158 y 170, todos ellos inspirados en el mismo Principio. En igual sentido, el artículo 82 del vigente Codi de Família catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, establece que "A l'hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a que fa referència l'article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l'interès dels fills" ("A la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos y los otros aspectos a que hace referencia el artículo 76, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos").

El mantenimiento de la relación personal, expresión afortunada que emplea el artículo 135 del Código de Familia, de los hijos con el progenitor no custodio, es esencial para favorecer su desarrollo integral, aumentando su nivel de seguridad y confianza en ambas figuras parentales; a consecuencia de la ruptura de la unidad familiar el menor se encuentra a menudo inmerso en un conflicto de lealtades obligándole a posicionarse a favor de uno u otro, lo que repercute de forma muy negativa en su equilibrio. Todo lo que favorezca o posibilite que el menor, a pesar de esa ruptura, pueda continuar disfrutando de la compañía del padre y la madre, merece ser aprobado, salvo que efectivamente se acreditara que el hecho de mantener relaciones frecuentes entre los hijos y el progenitor no custodio supone o constituye cualquier tipo de perjuicio para los menores. No podemos pasar por alto, que el derecho a relacionarse no solamente merece la consideración de "derecho", sino que es un complejo derecho-deber en la medida en que a través de esa relación personal el padre y el hijo se enriquecen emocionalmente y la relación tiene además para el hijo un componente formativo y educacional que le ayudará a madurar y a crecer como individuo.

En este caso los menores Felix y Carlos Antonio, de 6 y 4 años de edad, conviven con la madre y todavía no tienen la suficiente autonomía para comprender determinadas situaciones, pero se encuentranlo en una franja de edad en que los menores necesitan mas de la frecuencia de la relación y todavía no ha iniciado determinadas actividades extraescolares cuyo ritmo pueda verse afectado por el régimen de visitas.

No se argumenta por la recurrente razón alguna que justifique la restricción o limitación del régimen de visitas establecido en sentencia y que coincide con el fijado en el auto de medidas provisionales, lo que impide a este Tribunal alcanzar cabal conocimiento de cuales son las razones últimas que justifican la impugnación de ese concreto pronunciamiento; la recurrente opina que la sentencia es ilógica e irracional, pero difícilmente puede calificarse de irracional que un padre se relacione con sus hijos si con ello no se les causa ningún perjuicio y por que, aún cuando no se hubiera petitionado expresamente ese concreto régimen de visitas, el padre demandado había solicitado en su escrito de contestación no un menor régimen de visitas, sino la guarda y custodia de los hijos y de forma subsidiaria, para el caso de que así no se hiciera, pedía dos tardes intersemanales (folio 871). Es más, la sentencia, en la medida en que se aviene a los términos del debate y a las pretensiones de las partes no ha incurrido en incongruencia de ningún tipo sino que se somete a los principios que rigen en la materia y en concreto a lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero

aún cuando hubiere adoptado cualquier otra medida no expresamente pedida por las partes y referente a los hijos menores de edad, tampoco hubiera incurrido en vicio de incongruencia dado que en esta materia el juzgador podrá actuar de oficio siempre en interés de los menores.

Así pues, la decisión del juzgador, es atinada y está suficientemente razonada jurídicamente siguiendo toda la doctrina y jurisprudencia, existente sobre la materia lo que lleva a desestimar este primer motivo de recurso.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al importe de la pensión de alimentos, 600 euros mensuales, tampoco la apelación puede merecer favorable acogida. En su escrito de demanda la parte actora pide una pensión de alimentos y cargas nada menos que de 1800 euros mensuales en base a la supuesta capacidad patrimonial del demandado, pero lo cierto es que ni en la instancia ni en esta alzada ha conseguido probar la certeza de sus alegaciones.

Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ha introducido en la ley procesal un precepto de indudable utilidad, el contenido en el artículo 770, a tenor del cual, a las demandas de separación y divorcio se acompañaran los documentos en que el cónyuge funde su derecho y si se solicitaren medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

La parte actora presenta con su escrito de demanda unos listados, reconocidos en el interrogatorio por el demandado, correspondientes a los gastos de la unidad familiar y la actividad profesional del demandado. Tomando como punto de partida el correspondiente al ejercicio 2001 (folios 217 a 221), se advierte que del total contabilizado de 25888,36 euros (equivalentes a 2157,36 euros mensuales), son imputables a gastos exclusivos de la demandante (ropa, perfumería) un total de 1.950,63 euros, y a gastos exclusivos del demandado, (ropa, gastos actividad y autónomos) 3.292,65), por lo tanto los gastos de ambos se elevarían a 5243,28 euros, que descontados de la suma total la fijarían en 20.645,08 euros, o sea, unos 1.720 euros mensuales gastos de la casa, hijos, alimentación seguros, impuestos, vehículos, viajes y farmacia.

Durante el mismo ejercicio 2001 los gastos escolares de los menores fueron de 24.850.- pesetas al mes, par Felix y 35.833.- pesetas para Carlos Antonio. Ambos cónyuges tenían suscrito un préstamo con la entidad La Caixa de unos 306,71 euros al mes, partida incluida en los listados de referencia.

Los ingresos del demandado son irregulares, proceden de su actividad como actor o profesional del espectáculo dedicándose, según sus propias manifestaciones, a varias actividades relacionadas con el mismo. Por lo tanto, el juzgador se ha visto obligado a fijar el importe de la pensión de alimentos no tanto en función de los ingresos probados como del nivel de gastos y de vida que llevaba la familia y de otro que aumente la pensión de alimentos respecto a la fijada provisionalmente.

La parte apelante hace hincapié en que el demandado posee un importante patrimonio como consecuencia de haber heredado de su padre, pero la sentencia, acertadamente, razona que la circunstancia de que el Sr. Gubern haya heredado de su padre y tenga derechos sobre una herencia que todavía no ha ejercitado no puede ser tomada en cuenta para fijar la pensión, por cuanto sus ingresos son únicamente los producidos por su actividad profesional. La sentencia destaca además que se desconoce la fecha del fallecimiento, la condición de heredero o el importe del caudal relicto.

Igualmente, en su escrito de recurso, la apelante considera que el padre del demandado falleció hace ya muchos años con un patrimonio que tiene un valor patrimonial actual de alrededor de 1200 millones de pesetas. Al respecto debemos hacer notar: A) que sigue sin proporcionarse ni tan siquiera la fecha del fallecimiento del padre del demandado; b) que no consta ni se practicó prueba, ni se propuso, sobre las disposiciones testamentarias del causante, en su caso; c) que no consta, ni se ha practicado prueba alguna acerca de si ha existido aceptación de la herencia, por quien, si se instituyeron legados o cualquier otra incidencia acerca de los supuestos bienes (no se ha practicado prueba al respecto) de los que era titular el padre del demandado; d) que la recurrente manifiesta que se trata de un patrimonio con un valor actual de alrededor de 1200 millones; y se remite a las declaraciones efectuadas en el acto de la vista y que se recogen en el CD para otorgar este valor a los bienes, sin haberse practicado pericial alguna sobre este extremo; e) que la aceptación del hecho de que la madre sea la heredera no necesariamente implica el reconocimiento de que haya entregado de sus hijos parte del patrimonio, consecuencia que no puede extraerse ni tan siquiera por presunciones.

En modo alguno, tras visionarse el CD que reproduce el acto de la vista, puede concluirse que haya existido reconocimiento de ser legitimario de una herencia de 1200 millones: por ejemplo la noticia de que son dos las personas de servicios doméstico manifestó que iba la asistenta que iba a casa de sus padres a limpiar y la canguro cuando la necesitaban y sobre su actividad profesional reconoce haber efectuado actuaciones para el Ayuntamiento de Barcelona, con els Comediants, diciendo, literalmente "si y no, toco diferentes teclas que es lo que me permite subsistir, soy un buscador de la vida" y se limita a decir que "no ha pedido la legítima porque lo que es de mi madre es de mi madre".

Lo cierto es que, en estos autos, no se han aportado datos bastantes que permitan presumir que el padre dispone del patrimonio que dejó en herencia su padre, o que percibe cantidades con cargo al mismo. Reproduciendo básicamente lo que decía el artículo 1214 del Código Civil viene ahora a decir el art. 217 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de que ordinariamente se desprende el efecto jurídico pretendido, lo que en este caso equivale a decir que correspondía a la madre probar que concurre el presupuesto de hecho del que nace el derecho, las necesidades de los hijos y la capacidad y posibilidades del padre de contribuir a los mismos en mayor proporción y aún cuando en materia de alimentos a los hijos, esta Sala, siguiendo a la mayoría de la jurisprudencia, ha aplicado la doctrina de la facilidad probatoria lo

que comporte imponer a quien se encuentra en mejores condiciones de acreditar un hecho la carga de aportar los datos al proceso, en este caso, no se está cuestionando el ocultamiento de los ingresos propios ya sea por trabajo personal, ya por la rentabilidad que se obtenga de un supuesto patrimonio, sino incluso de que patrimonio se trata, cual es su valor y que derecho ostenta el demandado sobre los bienes. Como sea que ambos cónyuges trabajaban, y que también la esposa es titular de patrimonio en Andorra, no cabe tampoco imputar el mantenimiento del alto nivel de vida de la familia a las rentas garantizadas por los derechos sobre la herencia del padre del demandado. Llegar a esta conclusión con la prueba obrante en estos autos equivaldría a mantener que puesto que son la madre y el hermano del demandado quienes parecen haberse beneficiado más de la herencia, deben asumir la obligación que sólo corresponde al demandado, titular de la potestad sobre sus propios hijos.

En consecuencia, también este motivo de recurso debe ser desestimado, pues la Sala, coincidiendo con el juzgador y la representación del Ministerio Fiscal, estima que la cantidad fijada en la sentencia es proporcionada a las necesidades de los hijos y a los medios y posibilidades económicas de uno y otro progenitor, binomio éste el de la necesidad y la posibilidad, así como el de la proporcionalidad entre los obligados al pago, que rige en la materia y más concretamente en los artículos 259, 264 y 267 del Código de Familia.

TERCERO.- En coherencia con lo anteriormente expuesto debe considerarse improcedente el reconocimiento a favor de la esposa de la pensión compensatoria, puesto que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 84 del Código de Familia de Catalunya para su concesión, atendiendo a los ingresos que la misma obtiene por su trabajo y la titularidad de un patrimonio susceptible de producir rentabilidad, no resultando pues acreditado el perjuicio económico de la esposa en relación a la situación económica del esposo que es la esencia de la pensión compensatoria. El desequilibrio económico. La ley exige que exista una situación de desequilibrio, o lo que es lo mismo, que la posición económica y patrimonial de los cónyuges sea desigual en evidente perjuicio de uno frente al otro y que esta desigualdad tenga su origen en la ruptura de la pareja pues la pensión compensatoria tiende únicamente a tratar de restaurar parcialmente el desequilibrio ocasionado por la ruptura, desequilibrio que se hace patente en el empeoramiento del nivel de vida del cónyuge perjudicado y en ese caso, como señala el citado art. 84, el cónyuge menos favorecido tendrá derecho a una pensión que no exceda del nivel de vida de que disfrutaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, pensión que en este caso no tiene encaje.-.

CUARTO.- Pese a desestimarse la apelación, y visto lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala estima que no procede efectuar imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que DESESTIMANDO el Recurso de Apelación interpuesto por D^a Magdalena representada por la Procuradora D^a Montserrat Socias Baeza contra la sentencia dictada en el procedimiento de Separación Contenciosa Autos núm. 722/2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Martorell, de fecha 30 de junio de 2003, SE CONFIRMA la referida sentencia, viniendo obligada cada parte a abonar las costas de esta alzada causadas a su instancia y las comunes, si las hubiera, por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado que sea, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con copia de ésta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal.

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Número CENDOJ:08019370182005100130