

RESUMEN

La AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el esposo divorciado demandado así como la impugnaron de la demandada, contra la sentencia de instancia, que declaró haber lugar al divorcio, revoca en parte la misma, y en su lugar, deja sin efecto el pronunciamiento referido a la contribución de las cargas del matrimonio, y en su lugar se fija la pensión de alimentos de las hijas. Se deja sin efecto el régimen de comunicación y visitas fijado, dada la edad de la hija, y su deseo de no tener una comunicación tan prolongada. Se fija dos hora dos días a la semana y se revisará a los tres meses.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.156

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

A favor de los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

MATRIMONIO**EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

Custodia de los hijos

Audiencia de los hijos

Favor "filii"

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Favorable a: *Esposa divorciada, Esposo divorciado*; Desfavorable a: *Esposa divorciada, Esposo divorciado*

Procedimiento: *Apelación, Divorcio*

Legislación

Aplica art.156 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398, art.406.3, art.461, art.770 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.92, art.96, art.97 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

- A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Asturias de 9 octubre 2007 (J2007/279375)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

- A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Asturias de 23 mayo 2006 (J2006/96227)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

- A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Barcelona de 22 marzo 2005 (J2005/50749)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

- A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Barcelona de 20 octubre 2004 (J2004/176047)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

- A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Barcelona de 19 julio 1999 (J1999/53048)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Avilés dictó Sentencia en los autos referidos con fecha nueve de octubre de dos mil ocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio contraído por D^a Adriana y D. Herminio , acordando como medidas definitivas, las establecidas en el auto dictado por este Juzgado con fecha 28 de mayo de 2008, en sede de Medidas Provisionales 802/07 , sin hacer expresa imposición en costas. "

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por D. Herminio , y previo los traslados ordenados en el art. 461 de la LEC , se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, y al haberse accedido a la prueba propuesta por la parte apelante se señaló para la vista del recurso el día nueve de marzo de dos mil nueve, la que se llevó a efecto con intervención de las partes.

Por auto de fecha 9 de marzo de 2.009 , y como diligencia final, se acordó: "Con suspensión del término para dictar sentencia y como diligencia final y por plazo de VEINTE DIAS la exploración de la menor D^a Magdalena a practicar en esta Sección el próximo día 17 de marzo a las 11 horas de su mañana, quedando citada la menor a través de la Procuradora Sra. Del Cueto Martínez.", la que se llevó a efecto con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr./a. DON/D^a MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los presentes autos recayó sentencia en la que se declaró haber lugar al divorcio de D^a Adriana y D. Herminio , acordando "como medidas definitivas las establecidas en el auto de este juzgado con fecha 28 de mayo de 2008 en sede de medidas provisionales". Frente a esta resolución interpuso el Sr. Herminio recurso de apelación, en el que se impugna el pronunciamiento referido a la guarda y custodia de la hija menor, atribución del uso de la vivienda familiar y gastos extraordinarios para la hija menor, así como fijación de pensión compensatoria a su favor; finalmente, se impugna el mantenimiento en la sentencia del pronunciamiento del auto de medidas provisionales referido a la administración de los bienes gananciales, extremo que no se reitera en el escrito de interposición, del que se desiste expresamente -folio 202 vuelto-. Por su parte la actora impugnó la sentencia solicitando la revocación de la misma en el sentido de acordar sustituir la expresión "contribución a las cargas del matrimonio" por importe de 550 euros a favor de las dos hijas, por la de alimentos a favor de las hijas por igual cuantía.

SEGUNDO.- Comenzando a examinar los motivos del recurso alegados por el recurrente, nos encontramos con que el primero de ellos se refiere a la atribución a la Sra. Magdalena de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, en la actualidad de 16 años. Solicita el recurrente, como hiciera ya en el escrito de contestación a la demanda, que la guarda y custodia de la menor sea compartida por ambos progenitores, de modo que la niña esté todos los fines de semana con la madre desde el sábado a las 14 horas hasta las 8,30 horas del lunes y residiendo el resto de la semana con el padre.

La precedente petición no puede ser acogida por la Sala por no darse los requisitos que el artículo 92 del Código Civil establece para la fijación de un régimen de custodia compartida, pues a tal petición se opone la madre de la menor, no existiendo informe favorable del Ministerio Fiscal, y una vez oída la menor tampoco se puede concluir con que esa sería la única forma de proteger adecuadamente el interés superior de la niña, pues ésta en el momento actual incluso rechaza el régimen de visitas establecido por el juzgador de primera instancia, extremo éste sobre el que ulteriormente nos pronunciaremos.

El segundo motivo del recurso gravitó sobre el pronunciamiento de la recurrida que le deniega al apelante la pensión compensatoria. La denegación la sustenta el juzgador de primera instancia en razones procesales y de fondo. En cuanto a las primeras, por no haberse planteado la petición en la forma prevista en el artículo 406.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en cuanto al fondo, por no apreciar la existencia del desequilibrio económico que para la concesión de la pensión exige el artículo 97 del Código Civil .

Planteado así este motivo del recurso, debe señalarse que si existe una objeción para la concesión de la pensión compensatoria por razones procesales se hace innecesario entrar en la cuestión de fondo. Y en el presente caso no puede soslayarse que el apelante, si bien en la contestación a la demanda solicitó que se le concediera una pensión compensatoria a cargo de la actora, obvió que tal petición, de conformidad con el artículo 770 de la LEC , debió formularse mediante reconvencción, lo que no hizo y que ello es así se infiere del núm. 2 del precepto citado, en el que se dispone que sólo se admitirá la reconvencción cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio. Pues bien, entre las medidas que requieren petición de parte y que no pueden ser acordadas de oficio se encuentra precisamente la pensión compensatoria. La argumentación precedente hace innecesario entrar en el tema de sí concurre o no el desequilibrio económico que exige el citado artículo 97 del Código Civil para la fijación de una pensión compensatoria.

También recurre el apelante el pronunciamiento referido a la atribución del uso de la vivienda familiar, mas como él mismo reconoce tal atribución se encuentra vinculada al tema de la guarda y custodia de la menor, de modo que confirmando en esta resolución el pronunciamiento de la recurrida

que la otorga a la madre ha de estar a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil sobre la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo y al cónyuge en cuya compañía queda aquél.

Recorre asimismo el Sr. Magdalena el pronunciamiento que el juzgador "a quo" denomina de contribución a cargas del matrimonio cuando debiera decir de alimentos para las hijas de los litigantes, toda vez que se trata de conceptos distintos, siendo los alimentos de aquéllas lo que fue el objeto de petición expresa por uno y otro cónyuge en los escritos de demanda y contestación, si bien discreparon en cuanto al importe. Sostiene el apelante, para supuestos como el presente en que la guarda y custodia de la menor no se otorga con carácter compartido, que se rebaje la cantidad fijada en la recurrida consistente en 550 euros mensuales, cuando él había solicitado en su contestación que se fijaran aquéllos en 400 euros mensuales. Basa para ello su petición en los gastos que ha de afrontar y en que los ingresos de la apelada en la actualidad son más elevados que los de él. La precedente petición no es acogida por este tribunal, toda vez que ambos litigantes tienen unos ingresos similares, ambos son profesores de instituto y el trabajo que durante un tiempo desempeñó la actora como médico ya no lo desarrolla en la actualidad según el oficio remitido a esta Sala; si a ello añadimos la existencia de un patrimonio común de los litigantes y que como se infiere de autos ambos están haciendo frente a diversos créditos hipotecarios en porcentajes iguales, que la hija mayor está estudiando en la universidad y que la pequeña tiene ya 16 años, se estima que la cantidad fijada en la recurrida es adecuada, si bien se especifica, acogiendo en este punto la petición tanto del apelante como de la impugnante, que la referida suma lo es en concepto de alimentos de las hijas comunes de los litigantes.

En lo tocante a los gastos extraordinarios de los hijos, a los que se establece que deben contribuir cada uno de los progenitores en un cincuenta por ciento, debe señalarse que esta Sala en su resolución de fecha 18-3-09 declaró: "La doctrina y nuestros Tribunales proclaman, con generalidad, como notas caracterizadoras de los gastos extraordinarios su carácter imprevisible y su inhabitualidad. Más discutibles son los de ser necesarios y cuantiosos, no tanto porque se nieguen como porque, a diferencia de los otros dos, necesiten de matización.

Al carácter imprevisible e inhabitual de esos gastos se ha referido esta Sala en sus sentencias de 12-3-2.005, 20-12-2.005, 23-5-2.006 o 9-10-2.007 y otros de nuestros Tribunales (S. AP Barcelona -Secc. 18- de 19-7-1.999 y -Secc. 12- de 22-3-2.005 y 20-10-2.004, Lugo -Secc.1- 2-7-2.004, Las Palmas -Sec. 3- 15-6-2.004, Zaragoza -Sec. 2- 18-11-2.002).

Ese mismo carácter imprevisible determina la improcedencia de fijar una suma concreta y periódica para su pago (sentencia citada de la Audiencia Provincial de Zaragoza) así como la inoportunidad y, de seguro, cierta inoperancia de su concreción mediante su relación o enumeración exhaustiva, siquiera tampoco nada se opone, en aras de prevenir futuros conflictos y facilitar la ejecución, identificar y enumerar algunos, tanto más si en el proceso se debatió sobre su carácter ordinario o extraordinario y se establece diverso criterio contributivo, pero siempre incluyendo, en tal caso, una fórmula abierta capaz de aglutinar futuros gastos no considerados al decidir dada su difícil objetivización para el futuro.

El carácter necesario de los mismos, que por algunos se proclama debe matizarse y no ser entendido en sentido estricto (SAP Ciudad Real -Sec. 1- de 4-7-2.003), sino más bien como opuesto a suentarios (en este sentido SAP citada Barcelona 22-3-2.005), pudiendo ser que se refieran a aspectos accesorios o complementarios de la formación y asistencia de los hijos (SAP citada de Las Palmas) de acuerdo con el contexto (SAP Barcelona -Secc. 12- de 20-10-2.004) y las reales posibilidades económicas de los progenitores (SAP Salamanca 30-5-2.002).

Por último, su cuantía, más que nota caracterizadora esencial, debe entenderse como accidental y, en su caso, indicativa de su carácter no ordinario o extraordinario, pues esto último no debe equipararse a cuantioso, mientras que, por el contrario, lo cuantioso, necesario y conveniente suele estar asociado en estos temas a lo imprevisible" y se concluye: "sin embargo, la propuesta del recurrente no es la seguida por nuestros Tribunales, quienes en la generalidad de los casos (y así lo tiene dicho esta Sala en sus sentencias citadas de 12-4-2.005 y 9-10-2.007) se han decantado decididamente por su carácter consensuado como consecuencia cabal de que el ejercicio de la patria potestad es conjunta, como así lo decreta el art. 156 del CC , que sólo exime de la intervención del otro progenitor para los actos habituales y conformes con el uso social, y los de urgente necesidad; premisas legales a las que se habrá de estar en orden a la contratación del gasto, interviniendo los Tribunales en caso de desacuerdo en cuanto garantías del interés del menor, pues no se debe olvidar que más allá del gasto, el sujeto destinatario del mismo y afectado por su fin es el menor."

A la vista de cuanto antecede la Sala estima que los gastos a los que se refiere el recurso, campamentos, viajes de estudio y clases particulares, si tienen carácter extraordinario, si bien para su devengo debe, como ya se dijo, ser consensuado por los padres o en su defecto autorizado por el juez.

Finalmente, señala el recurrente que aunque no es motivo propio del recurso resultaría conveniente establecer de un modo concreto el horario en el que padre puede estar con la hija los martes de cada semana, dado que la inconcreción existente en este punto suscita problemas. Pues bien, sobre el tema de la comunicación de padre y la hija, al tratarse de un tema de orden público, posee el tribunal facultades ex officio, de modo que no se incurre en incongruencia por fijar un régimen distinto al solicitado por las partes o al establecido por el juzgador "a quo", siempre claro está que su determinación tenga la debida motivación. En el caso de litis la Sala acordó oír a la menor Magdalena , en la actualidad de 16 años, quien como les consta a las partes, por haberseles dado traslado de la exploración realizada por el Tribunal, resulta claro que en el momento actual no desea tener una comunicación prolongada ni programada con su padre y ello por las tensiones que afirma padecer como consecuencia del proceso de separación de sus padres y de la actitud del recurrente con ella y con su madre. No desconoce el tribunal lo ingrato que puede resultar para un progenitor el que su hijo no desee relacionarse con él con la amplitud que éste desea, ni tampoco se desconoce que la adopción de esa postura puede deberse a motivos diversos,

de los que no se excluye el propio egoísmo del menor de desear controlar e imponer al padre no custodio un sistema de comunicación que dependa de su propia demanda, pero tampoco se puede ignorar que cuando un hijo tiene 16 años la imposición del régimen de comunicación que solicita el padre puede provocar efectos no deseados, de ahí que se estime procedente regirse por un principio de prudencia y establecer un primer régimen de comunicación consistente en dos horas los martes de 19 a 21 horas y los domingos en igual horario. Este régimen se revisará transcurridos 3 meses, a fin de que el órgano judicial acuerde lo pertinente previo informe del equipo psicosocial. Lo establecido en esta resolución deja sin efecto el régimen de visitas establecido en la sentencia.

TERCERO.- La estimación parcial del recurso y el acogimiento de la impugnación determina el que no se haga especial imposición en cuanto a las costas del recurso ni de la impugnación -art.398 de la LEC -

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Herminio así como la impugnación formulada por D^a Adriana contra la sentencia de fecha nueve de octubre de dos mil ocho dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Instancia núm. 6 de Avilés , en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se REVOCA en los siguientes extremos:

1º) Se deja sin efecto el pronunciamiento referido a la contribución del Sr. Magdalena a las cargas del matrimonio en cuantía de 550 € mensuales y en su lugar se acuerda fijar la contribución del Sr. Magdalena a los alimentos de las hijas en la cantidad de 550 € mensuales, suma que se revisará anualmente cada primero de enero conforme al IPC.

2º) Se deja sin efecto el régimen de comunicación y visitas fijado en la recurrida para el Sr. Magdalena y su hija Magdalena , y en su lugar se acuerda que el padre estará con su hija los martes y los domingos de 19 a 21 horas. Transcurridos 3 meses desde esta resolución, el régimen de vistas fijado se revisará por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Instancia núm. 6 de Avilés previo informe del equipo psicosocial.

Se confirman el resto de pronunciamientos de la recurrida, teniendo en cuenta, respecto a los gastos extraordinarios, las precisiones que se realizan en el segundo fundamento jurídico de esta resolución.

No procede hacer expresa declaración de las costas del recurso, ni de la impugnación.

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.

Número CENDOJ:33044370052009100088