

EDJ 2008/129052

Audiencia Provincial de Málaga, sec. 6ª, S 18-2-2008, nº 95/2008, rec. 486/2007

Pte: Díez Núñez, José Javier

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Otras cuestiones

Régimen de visitas

Favor "filii"

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

Legislación

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

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

Cita art.39.1, art.39.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Citada en "Enfoque actual de la pensión compensatoria"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Estepona (Málaga) se siguió proceso especial de separación matrimonial número 250/2004 , del que este Rollo de Apelación dimana, en el que con fecha once de mayo de dos mil cinco se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio López Guerrero en nombre y representación de D. Luis Pedro, contra Dª Celestina debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los cónyuges antes expresados, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y en especial, los siguientes: 1º) Los hijos del matrimonio menores de edad Christopher Rudolf y Alexa Ashley quedarán bajo la guarda y custodia de su madre Dª Celestina si bien la patria potestad continuará ejercitándose conjuntamente por ambos progenitores. 2º) Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con los menores, el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, no perjudicando su educación y formación, comprendiendo dicho derecho como mínimo para el caso de desacuerdo los siguientes extremos: D. Luis Pedro podrá visitar y tener en su compañía a los dos hijos menores los fines de semana desde las 18?00 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, uniéndose el puente al fin de semana que corresponda, debiendo el esposo a quien corresponda recoger y entregar los menores en el domicilio familiar. Las vacaciones de Navidad, Semana Santa, semana blanca y se dividirán por mitades entre ambos cónyuges, correspondiendo treinta días en el período de verano eligiendo los años pares el padre y los impares la madre. 3º) En concepto de pensión alimenticia D. Luis Pedro abonará la cantidad de novecientos euros (900 euros) para cada uno de sus hijos menores de edad, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes, a partir de la firmeza de esta sentencia. Dicha cantidad será actualizada con efectos retroactivos al primero de enero de cada año, conforme a la variación experimentada por el Índice General de Precios al Consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que los sustituya. Los gastos extraordinarios se abonarán al cincuenta por ciento por cada cónyuge, incluidos los gastos relativos a estudios o actividades extraescolares, farmacéuticos y médicos previa acreditación documental de los mismos. 4º) La vivienda familiar se atribuye a la esposa Dª Celestina. 5º) No se hace especial pronunciamiento en cuando a las costas", resolución que fue aclarada por auto de veinticinco de noviembre de dos mil cinco en el que se acordaba en su parte dispositiva: "Acuerdo haber lugar a la aclaración solicitada en los siguientes términos: En el fallo: donde dice: "Se concede al progenitor que no convive habitualmente con los menores, el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, no perjudicando su educación y formación, comprendiendo dicho derecho como mínimo para el caso de desacuerdo los siguientes extremos: D. Luis Pedro podrá visitar y tener en su compañía a los dos hijos menores los fines de semana desde las 18?00 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, uniéndose el puente al fin de semana que corresponda, debiendo el esposo a quien corresponda recoger y entregar los menores

en el domicilio familiar", deberá constar: ""Se concede al progenitor que no convive habitualmente con los menores, el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, no perjudicando su educación y formación, comprendiendo dicho derecho como mínimo para el caso de desacuerdo los siguientes extremos: D. Luis Pedro podrá visitar y tener en su compañía a los dos hijos menores los fines de semana alternos desde las 18:00 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, uniéndose el puente al fin de semana que corresponda, debiendo el esposo a quien corresponda recoger y entregar los menores en el domicilio familiar".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, en tiempo y forma, prepararon e interpusieron recursos de apelación ambas representaciones de las partes litigantes, oponiéndose a sus fundamentaciones las adversas, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia en donde al interesarse práctica probatoria y ser declarada pertinente, se señaló para celebración de vista pública la audiencia del día de hoy, acto en el que las Letradas de las partes y Ministerio Fiscal hicieron valoración de la prueba practicada en esta segunda instancia, quedando a continuación conclusas las actuaciones para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia y por la que se decreta la separación definitiva del matrimonio contraído en Londres el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cinco entre D. Luis Pedro y D^a Celestina, es combatido por ambas representaciones procesales al mostrarse disconformes con determinadas medidas establecidas tanto en el aspecto personal como patrimonial, y así, en síntesis: A) La representación procesal del marido argumentó en su contra: a) En cuanto al régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los menores hijos, Christopher Rudolf y Alexa Ashley, para con el progenitor paterno, no guardador, que se había demostrado que la figura paterna tenía tanta importancia, para el desarrollo integral y educacional de los hijos, como la materna, entendiéndose por ello que los períodos vacacionales deberían haber sido establecidos compartidos por mitad, sin distinción alguna entre vacaciones de Semana Santa, semana blanca y Navidad y las vacaciones de verano, período éste durante el que tan solo se había concedido un mes de los tres que había; b) En cuanto a la pensión alimenticia fijada en novecientos euros (900 €) para cada uno de los hijos, junto con el 50% de los gastos extraordinarios, cuantitativamente la consideraba excesiva y gravosa para el alimentante, por cuanto que la madre no solo debía dedicarse al cuidado de los menores, sino también a contribuir de manera efectiva y de igual modo al mantenimiento de los hijos, sin que se respetara el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 146 del Código Civil EDL 1889/1, debiendo de responder en sus parámetros a las reales necesidades de los hijos, no pudiendo confundirse alimentos con participación en ganancias o rentas del progenitor obligado al pago, y c) En tercer lugar, consideraba que procedía emitirse pronunciamiento acerca de los enseres y objetos personales del Sr. Luis Pedro que aun permanecían en la vivienda y que de contrario, incluso, se negaba su existencia, y B) Por su parte, la representación procesal de la esposa, igualmente disconforme con el fallo judicial dictado, defendía en su contra: a) Haberse producido error en la valoración de la prueba e infracción y violación de los artículos 91, 92, 93 y 103 y 142 y 143, todos ellos del Código Civil EDL 1889/1, al no haberse reconocido para los hijos la pensión alimenticia en la cuantía solicitada de dos mil veinte euros (2.020 €), pues dicha suma respondía a cubrir las necesidades que documentalmente se justificaban a los folios 46 a 56 y 105 a 175, no impugnados de contrario y averados por el marido en el acto del juicio, contando el progenitor paterno con ingresos mensuales calculados en veintiséis mil euros (26.000 €), según informe pericial de la entidad "Infomarsan", citando en apoyo de su petición las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7^a) de 2 de marzo de 2005 y (Sección 4^a) de 21 de junio de 2004, sin que la establecida de novecientos euros (900 €) cumpliera las expectativas indicadas en dichas resoluciones, afirmando que las circunstancias concurrentes en la separación acreditadas en el acto del juicio obligaban a que los alimentos de los hijos corrieran exclusivamente a cargo del padre, dado ser las rentas de éste las que fundamentalmente habían venido satisfaciendo las necesidades familiares, trabajando la esposa en la clínica de Marbella con su marido, la cual fue vendida después de la separación, lo que impedía a la recurrente desarrollar su actividad profesional; b) En segundo lugar, consideraba que se había producido error en la valoración de la prueba e infracción de lo establecido en los artículos 91, 92, 93 y 159, todos del Código Civil EDL 1889/1, al no haber reconocido la sentencia la procedencia de una pensión alimenticia a favor de la esposa para cubrir las necesidades derivadas del mantenimiento del domicilio conyugal o levantamiento de las cargas familiares, todo ello por importe de tres mil treinta euros (3.030 €) mensuales, siendo improcedente la afirmación judicial de que la esposa estuviera obligada a satisfacer los gastos inherentes al domicilio familiar, encontrando su base en el auxilio mutuo entre cónyuges exigido por el artículo 68 del Código Civil EDL 1889/1, en relación con los artículos 142 y siguientes, que el Tribunal Supremo consideró en sentencia de 25 de noviembre de 1985 perfectamente compatible con la separación de hecho libremente consentida, salvo situaciones de divorcio, por consecuencia de disolverse el matrimonio, por lo que no procedía confundir los alimentos con las cargas matrimoniales; c) Por error en la valoración de la prueba e infracción de los artículos 91 y 97 del Código Civil EDL 1889/1 al no haberse estimado pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de la esposa por cuantía de mil quinientos euros (1500 €) mensuales, citando en su apoyo las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 y de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7^a) de 9 de diciembre de 2004 y 2 de marzo de 2005, quedando limitada para su trabajo la esposa por consecuencia de sus enfermedades de alergia y confosis (sordera profunda) en el oído izquierdo por accidente padecido en agosto de dos mil dos, manteniendo una hipoacusia parcial en el derecho, con pérdida de audición del 40?3%, todo ello según informe médico de veinticinco de marzo de dos mil seis, y d) Por último, consideraba que se producía error en la valoración de la prueba e infracción del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y doctrina jurisprudencial aplicable, al no haber apreciado en la conducta procesal del esposo mala fe y temeridad procesal al presentar demanda y contestar a la formalizada en su contra, dejando a la esposa e hijos sin recursos familiares, lo que era sancionable con la imposición de costas del proceso.

SEGUNDO.- Expuestos los motivos de disconformidad parcial de los cónyuges litigantes con el fallo judicial dictado en la anterior instancia, con carácter preliminar y a fin de fijar los parámetros de actuación del tribunal enjuiciador "ad quem", procede traer a colación como en numerosas ocasiones se ha venido pronunciando esta Sala en relación con la cuestión de la valoración de la prueba manteniendo que, en principio, debe primar la realizada al efecto por el juzgador de la primera instancia al estar dotada de la suficiente objetividad e imparcialidad de la que carecen las partes al defender particulares intereses, facultad ésta que si bien sustraída a las partes litigantes, en cambio, sí se les atribuye la de aportación de los medios probatorios que queden autorizados por la ley en observancia a los principios dispositivo y de aportación de parte, según recogen, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1996 y 7 de octubre de 1997, sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos por el tribunal unipersonal de primer grado, habida cuenta que esa valoración probatoria tiene los propios límites que imponen la lógica y la racionalidad, de ahí que el Tribunal Constitucional en sentencia 102/1994, de 11 de abril, expresara como el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal "ad quem" para resolver cuántas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium", de lo que cabe colegir que el deber del tribunal de apelación de comprobar si pese a las facultades del órgano judicial "a quo" para la apreciación conjunta de la prueba, se incurrió por el mismo, para la obtención de sus resultados, en falta de lógica o se omitió todo género de consideraciones sobre los elementos probatorios obrantes en las actuaciones, pues de ser así, el órgano judicial de segunda instancia vendría obligado a corregir el indebido proceder de la instancia.

TERCERO.- Efectuada la anterior consideración, por lo que concierne al sistema fijado de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor paterno para con sus dos menores hijos, Christopher Rudolf y Alexa Ashley, y con el que aquél se muestra parcialmente disconforme en cuanto al porcentaje de distribución de los períodos vacacionales, ha de llamarse la atención de que lo más importante a los efectos que aquí se debaten y que se somete a decisión del tribunal "ad quem" no es el propio interés del progenitor apelante, ni el del progenitor guardador, sino el de sus hijos, derecho fundamental éste que es recogido en el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entendiéndose por la doctrina a la vista del contenido del artículo 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879, en relación con el 154, 158 y 160 del Código Civil EDL 1889/1, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, de ahí que si bien pueda sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores -T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993-, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744, al afirmar que en cuantas medidas hayan de tomar los tribunales con respecto a los menores "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", aún cuando concurra otro interés legítimo de protección, como podría ser el del progenitor no guardador. Así, bajo tales bases, se observa que la juzgador de instancia a la hora de resolver sobre este crucial y vital extremo de las relaciones paternofiliales, construye un sistema de reparto de los períodos vacacionales por mitad en relación con la Navidad, Semana Santa y semana blanca, tal cual se peticionara por el progenitor paterno en su demanda inicial, pero, sin embargo, en el caso de las vacaciones estivales de verano lo limita exclusivamente a un intervalo de treinta días, extremo éste que procederá corregirse por la Sala, por cuanto que no concurren en las actuaciones razones que justifiquen esa restricción, cuando en realidad, por lo común, las vacaciones escolares se inician antes del vencimiento del mes de junio y llegan hasta mediados de septiembre, según los casos y centros escolares, no quedando justificación documental alguna en las actuaciones acerca de las aseveraciones vertidas por la parte adversa en su escrito de oposición al recurso de apelación, lo que determinará que proceda ampliar el régimen establecido hasta llevarlo a la mitad de las vacaciones de verano, con el mismo sistema electivo, des decir en años pares el padre y en impares la madre.

CUARTO.- En lo afectante a la cuantía alimenticia fijada en cuantía de novecientos euros (900 €) mensuales para cada uno de los hijos, importe con el que ambos cónyuges se muestran abiertamente disconformes, el marido pretendiendo su minoración a los trescientos cincuenta euros (350 €) y la esposa su incremento hasta los mil diez euros (1.010 €) por cada uno, medida enormemente discutida sobre todo en razón al hecho de carecer de elementos objetivos determinantes de cuáles sean los reales ingresos de uno y otro progenitor, es cuestión que habrá de solventarse en alzada atendiendo a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 2001, y conforme a la cual "la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia" y, al mismo tiempo, que una cosa es la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad, dimanante de la patria potestad, generadora tanto de derechos como de obligaciones paterno-filiales (artículos 110 y 154.1 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1), y otra muy distinta es la institución de los alimentos entre parientes (artículos 142 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1), que prescinde para su regulación de toda noción de limitación de edad, sustentada en base a presupuestos tales como la relación conyugal o de parentesco, la necesidad del alimentista y la disponibilidad pecuniaria por parte del alimentante, teniendo su fundamento en la solidaridad familiar dentro de la escala fijada en el artículo 143 del Código Civil EDL 1889/1, y en este sentido, quedando enmarcado el supuesto controvertido en el primero de los expresados casos, determina el artículo 110 precitado que "el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos", reconociéndose en el 154.1 dentro de los deberes de la patria potestad el de alimentar a los hijos menores, ya sean procreados dentro o fuera del matrimonio, deber éste que, por tanto, deriva del hecho mismo de la filiación y que, en suma, pasa

por constituir una prestación más amplia que la contenida en el artículo 143 del Código Civil EDL 1889/1 , disponiendo sobre este particular la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de julio de 2002, con cita en la paradigmática de 5 de octubre de 1993 , que "una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimenticia, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil EDL 1889/1 sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad (artículo 154.1 del Código Civil EDL 1889/1) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y la edad", pareciendo incuestionable para adoptar una decisión al respecto que concurriendo pruebas directas la determinación de la cuantía alimenticia no plantea problema alguno, en cambio, en supuestos como el tratado en el que no se pueden contar con elementos precisos probatorios acreditativos de los reales ingresos económicos sobre todo del progenitor no guardador, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , recoge la posibilidad de que Jueces y Tribunales hagan uso de la prueba indiciaria, de presunciones, para poder llegar a una determinada conclusión, presunciones que si bien tienen un carácter supletorio, deben utilizarse cuando un hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios - T.S. 1ª SS. de 11 de abril de 1947, 5 de febrero de 1964 y 9 de marzo y 5 de julio de 1990 , entre otras muchas-, de manera que mediante la apreciación de enlace preciso y directo entre el hecho base y el deducido o el que se pretende deducir, por estar únicamente unido sometido a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, puede llegarse a una determinada conclusión, correspondiendo esta operación intelectual al tribunal de instancia, cuyo juicio ha de acatarse, tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia, siendo lo cierto que la juzgadora de la anterior instancia introduce en el razonamiento de su sentencia el elemento probatorio relativo a la presunción, sentando una conclusión concreta en base a una serie de consideraciones, sin que puede omitirse el decir que el material justificativo de cuáles son los ingresos económicos del progenitor paterno estaban al alcance y disposición del mismo, no cabiendo la posibilidad de hacer una inversión diabólica de la carga probatoria en este sentido, lo cual debe correr en perjuicio del interesado alimentante, a tenor de lo prevenido en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000 . En este sentido, y descendiendo al terreno probatorio y sin obviar decir con carácter preliminar que corresponde la determinación de la cuantía al Juez o Tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio -T.S. 1ª SS. de 24 de mayo y 16 de noviembre de 1974 -, el tribunal "ad quem" considera excesivo el aporte económico exigido por la progenitora materna, así como, del mismo modo, exiguo el pretendido imponer de adverso su cónyuge, respondiendo el establecido judicialmente de novecientos euros (900 €) por cada uno de los hijos que actualmente cuenta con diez y siete años de edad, respectivamente, acorde a la realidad social y a las necesidades propias de unos menores de edad que no precisan cuidados especiales, sin que se pueda imponer en su integridad dicha carga en exclusividad al progenitor no guardador, ya que la madre, aunque por sentencia no se cuantifique su obligación alimenticia, debe entenderse que la tiene, siendo completamente contrario a derecho y a toda lógica pretender que todos los gastos derivados de los apartados concernientes al cuidado, atención, educación, habitación y otros de los menores sean soportados por uno de los progenitores cuando el otro, según cabe colegir de la documental aportada a las actuaciones y actividad probatoria desplegada en el acto del juicio, aunque padezca las enfermedades que dice tener, sin que quede incapacitada, es persona con una cualificación profesional -quiropráctica- que si bien ha podido ver ocasionalmente limitada su actividad por consecuencia de la ruptura de la convivencia matrimonial, sí puede perfectamente, como así parece ser, continuar llevando a cabo su actividad con la misma intensidad, siendo inatendible pretender la disminución de la cuantía señalada puesto que el marido también continúa trabajando en distintos centros de la zona y el hecho de haber dejado de hacerlo en la clínica particular que tenía en la Avenida Ricardo Soriano de Marbella obedece única y exclusivamente a su voluntaria y unilateral decisión, debiendo haber percibido por ello, además, una cierta suma dineraria, razones que nos llevan a acordar la confirmación de la medida judicial por ser plenamente ajustada a derecho; procediendo señalar en este apartado en consonancia con las aseveraciones practicadas en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, el no apreciar incongruencia alguna en la sentencia dictada pues en su Fundamento de Derecho Cuarto queda meridianamente claro que los gastos escolares quedan comprendidos dentro del concepto de alimentos, en tanto que los derivados de actividades extraescolares lo son de naturaleza extraordinaria y, consecuentemente con ello, atendibles por ambos progenitores al cincuenta por ciento, de tal forma que si bien en el apartado tercero de la parte dispositiva se recogía literalmente que "los gastos extraordinariosincluidos los gastos relativos a estudios o actividades extraescolares ...", con ello no estaba haciendo alusión la juzgadora de instancia a gastos escolares "ordinarios" sino a los que pudieran generarse fuera del centro escolar en donde fueron matriculados.

QUINTO.- El tercero de los motivos de disconformidad defendidos en alzada por la representación procesal del marido consistente en que se acordara la entrega de objetos personales y enseres que aun quedaban en el interior de la vivienda familiar, es pretensión carente de justificación a partir del momento en el que en auto de medidas provisionales dictado el quince de julio de dos mil cuatro , entre otras medidas, se acordaba como quinta a la vez que la asignación de la vivienda familiar, sita en DIRECCION000, número NUM000, de Estepona, a favor de la esposa e hijos menores que quedaban bajo su guarda y custodia, el abandono por el esposo del domicilio y que, previo inventario, pudiera retirar sus objetos personales y de su exclusiva pertenencia, si no los hubiere realizado ya, por lo que carece de sentido alguno reproducir una petición que el tribunal de instancia desde hace algo más de tres años tiene decidido en pieza separada de medidas provisionales, lo que debería de haber interesado desde entonces ante el tribunal de la instancia, significándose con ello que, bien en su momento el marido al abandonar el hogar conyugal lo hizo llevando consigo todos sus efectos personales, bien lo hizo con posterioridad o, en su caso, por no interesarle no lo peticionó ante el órgano judicial de instancia; en cualquier caso, sea como sea, es lo cierto que esta petición sorpresiva en segunda instancia carece por completo de efectividad y de la virtualidad pretendida.

SEXTO.- Extremo ampliamente debatido y desestimado en la instancia es el referente a la concesión de la cantidad exigida por la esposa en concepto de levantamiento a las cargas matrimoniales por la cuantía nada despreciable de tres mil treinta euros (3.030 €). Sobre tal particular procede señalar como el Código Civil EDL 1889/1 no da una definición de qué es lo que se debe entender por "cargas del matrimonio", pero frente a la tradicional figura de alimentos, se defiende la institución de las cargas del matrimonio en base a la mayor amplitud de su contenido, y así el artículo 1318 del Código Civil EDL 1889/1 establece que los bienes de los cónyuges están sujetos al

levantamiento de las cargas del matrimonio, pero no define lo que se entiende por tales, pudiendo deducirse una primera aproximación del artículo 1362.1 al enunciar los gastos que son de cargo de la sociedad de los gananciales, recogiendo "el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia y la de los hijos de uno sólo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar", concepto en que deben incluirse los efectos económicos derivados de los deberes de socorro y ayuda mutua que imponen a los cónyuges los artículos 67 y 68 del Código Civil EDL 1889/1 y los efectos económicos derivados de los deberes que impone la patria potestad sobre los hijos -artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1 -, así como aquellos otros conceptos económicos que indirectamente contribuyen al sostenimiento material de la familia. De la misma manera el artículo 103.3 del comentado Cuerpo legal sustantivo al regular las medidas provisionales dispone como una de ellas la fijación de "la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio", norma ésta que contempla las medidas a adoptar durante la sustanciación del proceso, en la etapa de separación provisional, en la que todavía existe matrimonio, y siguen vigentes los principales deberes que el mismo impone a los cónyuges -artículos 67, 68 y 154.1, del Código Civil EDL 1889/1 -, suscitándose cierto confusiónismo a partir del momento en el que el artículo 90 del Código Civil EDL 1889/1 al hacer referencia a la separación y al divorcio de mutuo acuerdo alude en forma desmembrada a las pensiones alimenticias de los hijos y compensatoria por desequilibrio económico para cónyuge y cargas del matrimonio, lo que conllevará a planteamiento de dos concretos interrogantes, cuales son, uno, a qué se refiere el apartado C del artículo 90 cuando habla de "cargas del matrimonio", y otro si en los supuestos de separación, podría entenderse como incluido en esta expresión el deber de alimentos entre los cónyuges. La contestación debe venir fijada en razón a que en los supuestos de separación se produce la suspensión de la vida en común -artículo 83 -, pero subsisten los deberes de socorro y ayuda mutua, por lo que los cónyuges pueden solicitarse alimentos a tenor de lo preceptuado en el artículo 143, si bien el cauce procesal no sería el de los procedimientos matrimoniales, ya que no se incluye tal tipo de pensión entre los efectos de la separación, divorcio y nulidad, por ello cuando el Código hace mención en el artículo 90-C) a las "cargas del matrimonio", se está refiriendo a las obligaciones patrimoniales asumidas constante el matrimonio, tales como los créditos hipotecarios originados para la adquisición del domicilio conyugal u otros bienes, respecto de los cuales puede acordarse de que uno solo les haga frente hasta su total cumplimiento, o en todo caso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, si es la que rige las relaciones económicas conyugales; pero en tales casos, el cónyuge que haya verificado el pago ostentará frente al otro un crédito para su importe que deberá contemplarse, de estar sujetos al régimen legal de sociedad de gananciales al tiempo de la liquidación, determinando el artículo 91 del Código Civil EDL 1889/1 como el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, ha de determinar en las sentencias de nulidad, separación o divorcio sobre esta cuestión, debiendo individualizar en los casos de separación y divorcio los conceptos económicos en las correspondientes pensiones de alimentos para los hijos y compensatoria para uno de los cónyuges, quedando sin efecto la contribución a las cargas fijadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 103.3 , salvo que algún bien de la sociedad conyugal se halle afecto a alguna carga de naturaleza real o penda el pago aplazado de su compra y se acuerde que uno o ambos cónyuges cumplan con el pago sucesivo y temporal hasta su vencimiento, situación que no es de contemplar en el caso, ya que, aparte de regirse el matrimonio por el régimen de separación de bienes, ninguna de las partidas económicas en que desglosa la recurrente su pretensión de percibir tres mil treinta euros (3.030 €) responde a tales presupuestos, dado que la vivienda familiar que se le atribuye en uso y disfrute a esposa e hijos es de naturaleza privativa y las restantes responden al mero uso del inmueble o a actuaciones concretas sin periodicidad (reparaciones vehículos) o de mera comodidad del cónyuge interesado (servicio doméstico, teléfono, impuestos, calefacción, jardinería) de las que no tiene ninguna responsabilidad el cónyuge separado no usuario, lo que debe llevarnos a acordar el rechazo del motivo pues el concepto de cargas del matrimonio tiene un significado claramente diferenciado de otras cargas también reguladas en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, y ha de ceñirse al conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, y no incluye por tanto aquellos que se refieren a las pensiones por alimentos o pensiones compensatorias de situaciones de desequilibrio entre los cónyuges.

SÉPTIMO.- Por otro lado, en relación con la pretensión de pensión compensatoria reclamada al marido por cuantía de mil quinientos euros (1500 €) mensuales, recordar como la misma queda configurada como compensatoria entre la disparidad que la disolución o separación del matrimonio puede crear en las respectivas condiciones de vida de los esposos, teniendo por objeto restaurar, con criterio igualitario, el desequilibrio entre los cónyuges, con la finalidad reparadora concreta de un eventual descenso del nivel de vida de uno de los esposos en relación al que conserva el otro, una vez producido el cese efectivo de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, diferenciándose claramente de la deuda alimenticia, tanto por responder en su determinación a criterios distintos, cuanto porque en el marco de la vigente legalidad no es factible la coexistencia, en una situación de separación o divorcio, de la deuda de alimentos y la pensión a que se refiere la precitada norma sustantiva, en razón del carácter exclusivo predicable de la segunda, en cuanto a los efectos pecuniarios entre los cónyuges separados o divorciados, por razón del matrimonio o convivencia conyugal, afirmación, que como la doctrina científica apunta, viene sustentada por dos tipos de razones, de una parte, porque en el Capítulo IX del Título IV del Libro I del Código Civil EDL 1889/1 , referido a los efectos de la nulidad, separación o divorcio, se contempla únicamente la pensión como eventual efecto de aquella situación omitiendo toda alusión a una posible deuda de alimentos, y de otra, desde un punto de vista conceptual, porque parece inviable mantener la coexistencia de estas dos figuras, ya que aún cuando la pensión represente una novedad en la medida que integra criterios y circunstancias que no venían recogidos legalmente para la deuda alimenticia, cumple una función en este orden, presentándose como integradora y superadora a la vez de la antigua deuda de alimentos, consideraciones éstas que el órgano enjuiciador de alzada no practica en forma baladí sino, por el contrario, esencialmente para delimitar con claridad la diferenciación existente entre lo que debe entenderse por la pensión compensatoria por desequilibrio económico aquí tratada y la alimenticia, ya que los argumentos impugnatorios sobre los que parece sustentar su impugnación la recurrente traspasan el límite de la primera interfiriéndose, en cierta medida, en la segunda, debiendo de entenderse correcto el razonamiento contenido en la sentencia desestimándola, pues aunque en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en Hannover el veintidós de julio de mil novecientos noventa y cinco ante el fedatario público D. Dieter Weisback días antes de contraer matrimonio acordaran que "las partes renuncian recíprocamente a cualquier tipo de prestación de asistencia del uno frente al otro para el período postmatrimonial tras la disolución del matrimonio -y ello cualesquiera que

fueren las causas determinantes-", añadiéndose a renglón seguido que "las partes son asimismo advertidas sobre el sentido y alcance de esta declaración de renuncia" (Apartado C) y que "por último las partes renuncian también a cualesquiera pretensiones de pensión compensatoria en la medida en que las mismas asistan a las partes en caso de finalización del matrimonio", a la vez que se dice que "las partes son asimismo informadas sobre el significado de esta renuncia y se aceptan la una frente a la otra esta declaración de renuncia" (Apartado D), pareciendo con ello responder la voluntad de los que en aquél momento fueran futuros cónyuges a no exigirse mutuamente ni alimentos ni pensión compensatoria por desequilibrio económico caso de que se produjera la ruptura de la convivencia conyugal, pudiendo así atenderse que al ser clara, precisa y terminante la renuncia, no dudosa o incierta, vetaría cualquier posibilidad de debatir ahora acerca de la posible concesión de la pensión a que se refiere el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , entendiéndose el tribunal que, independientemente de la más que dudosa validez y eficacia del clausulado, ya que debe entenderse como renunciante todo derecho cuando nace la posibilidad de ejercitarlo, no antes, el hecho cierto es que de lo actuado en el proceso en el que el matrimonio de escasos diez años vino rigiéndose desde el primer momento por el régimen de absoluta separación de bienes y en el que ambos ostentan idéntica cualificación profesional, con edad de treinta y ocho años la esposa, disponiendo de un patrimonio individualizado, no existen razones de peso como para proceder a cargar al marido con la contribución económica pretendida por la esposa en su condición de beneficiaria, pues a la ruptura de la convivencia conyugal ningún desequilibrio cabe apreciar, lo que determina el fracaso del motivo examinado.

OCTAVO.- Por último, en relación con la acusada infracción de la normativa contenida en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en materia de costas procesales, considera el tribunal el ser improcedente el planteamiento de tesis de la recurrente, pues fácilmente se colige de lo actuado en el proceso que las diferencias entre las partes contendientes han sido claras y que el tribunal unipersonal de la instancia resolvió sin llegar a estimar o desestimar íntegramente las pretensiones solicitadas en los escritos rectores de los litigantes, lo que no podía determinar el pronunciamiento en materia de costas procesales en forma diferente a la que se hiciera en la sentencia impugnada, sin que se haga especial pronunciamiento tampoco en alzada, ya que la sutil y especial naturaleza de las cuestiones objeto de debate, hacen que el tribunal de alzada se decante por acordar que cada una de las partes abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Pedro, representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Garrido Sánchez, y desestimando el formalizado por D^a Celestina, representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. del Moral Palma, contra la sentencia de once de mayo de dos mil cuatro , aclarada por auto de veinticinco de noviembre de dos mil cinco, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Estepona (Málaga) en proceso especial de separación matrimonial número 250 de 2004, revocando parcialmente la misma, debemos acordar y acordamos que en el régimen de estancias del progenitor paterno para con sus menores hijos, Christopher Rudolf y Alexa, en los períodos vacacionales de verano lo sea en su mitad, eligiendo los años pares el padre, y los impares la madre, manteniéndose los restantes pronunciamientos emitidos en la instancia, todo ello sin que se haga especial pronunciamiento en materia de costas procesales en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y Ministerio Fiscal, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento y, en su caso, ejecución.

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

E/

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, en la Sala de Vistas de este Tribunal, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067370062008100131