

EDJ 2006/57123

AP Madrid, sec. 22ª, S 9-3-2006, nº 167/2006, rec. 519/2005

Pte: Chamorro Valdés, José Angel

Comentada en "Incomparecencia de la parte actora al acto de la vista encontrándose la demandada en rebeldía. Foro abierto"

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensiones alimenticias a los hijos

En general

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

Régimen de visitas

Otras cuestiones

PROCURADORES

CUESTIONES GENERALES

PODER PARA PLEITOS

RECURSOS

APELACIÓN

Procedimiento

Interposición

En general

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.2, art.23.1, art.398, art.414, art.442, art.806 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.103, art.1319, art.1362, art.1438 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Comentada en "Incomparecencia de la parte actora al acto de la vista encontrándose la demandada en rebeldía. Foro abierto"

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 25 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Alcobendas se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO en lo sustancial LA DEMANDA interpuesta por el/la Procurador/a D./Dª María Luisa Masa Barbero, en nombre y representación de D./Dª Valentina, contra D./Dª Plácido, debo DECRETAR Y DECRETO la separación del matrimonio contraído por los cónyuges en fecha 19 de abril de 1993, quedando en suspenso la vida en común de los esposos, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica y quedando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Se acuerdan las siguientes medidas reguladoras de los efectos de la separación.

PRIMERO.- correspondiendo a ambos progenitores la patria potestad sobre los hijos menores de edad del matrimonio, se atribuye a la madre su ejercicio exclusivo.

SEGUNDO.- Se atribuye la custodia de los hijos menores del matrimonio a la madre, y en cuanto al régimen de visitas que corresponde al padre, se estará a lo que los interesados fijen de común acuerdo y, caso de no existir tal acuerdo, regirá el siguiente régimen progresivo:

1.- durante un primer periodo de dos meses, el padre permanecerá con los menores todos los sábados durante cuatro horas, efectuándose la entrega y recogida de los menores en el lugar y franja horaria que se determine por el Servicio que gestiona el "Punto de Encuentro" municipal dependiente del Excmo. Ayuntamiento de Madrid. Los menores serán llevados a dicho "Punto de Encuentro" y a la hora que se le indique, bien por la madre o por una persona de su confianza y allí serán recogidos por el padre, quien les restituirá la mismo punto en la hora que se fije para su entrega a la progenitores custodia o persona de confianza;

2.- pasado este periodo de dos meses y durante otro periodo de tres meses, el padre permanecerá con los menores todos los sábados desde las 11 de la mañana hasta las 9 de la tarde, debiendo recoger y regresar a los menores a las horas indicadas en el domicilio donde estos residan en compañía de la madre (ya que no consta la existencia de una medida de alejamiento entre ambos progenitores o el lugar de su domicilio), pudiendo ser entregados los menores por una persona de confianza de la madre.

3.- pasados ambos periodos de adaptación, entrará en vigor el régimen de visitas ordinario que será el siguiente:

a- fines de semana alternos, desde las dieciocho horas del viernes hasta las veinte horas del domingo, debiendo recoger y regresar a los menores a las horas indicadas en el domicilio donde estos residan en compañía de la madre, pudiendo ser entregados los menores por una persona de confianza de la madre.

b- las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano las disfrutarán los menores por mitad con cada progenitor, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

TERCERO: se fija la cantidad de DOSCIENTOS EUROS (200 euros), que deberá abonar el esposo para ALIMENTOS de los hijos menores del matrimonio dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la actora, cantidad que se actualizará anualmente conforme a la variación de los índices del I.P.C. que publique el I.N.E. u organismo que lo sustituya.

CUARTO: se acuerda la prohibición de que los menores abandonen el país acompañados de su padre, así como la expedición de pasaportes a los mismos, salvo autorización judicial previa.

QUINTO.- La sentencia firme de separación producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial, cuya liquidación podrá llevarse por el procedimiento previsto en los arts. 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Todo ello sin expresa imposición en cuanto a las costas procesales causadas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se preparará ante este mismo Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS a contar del siguiente a su notificación, con cita de la resolución apelada y manifestación de la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan.

Firme esta resolución, líbrese mandamiento al Registro Civil en que consta inscrito el matrimonio de los litigantes, al que se acompañará testimonio de ella, a fin de que proceda a anotar su parte dispositiva al margen de la correspondiente inscripción de matrimonio.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo."

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas se dictó auto de fecha 16 de diciembre de 2004 aclaratorio de la anterior sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "NO HA LUGAR A ACLARAR la sentencia dictada por este Juzgado en fecha 25 de noviembre de 2004, conforme se solicita por el procurador D./D^a María Luisa Masa Barbero en la representación que tiene acreditada en autos.

Póngase esta resolución en conocimiento de las PARTES PERSONADAS.

Así lo acuerda, manda y firma D. ELENA CORTINA BLANCO, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de ALCOBENDAS y su partido.- Doy fe."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpusieron sendos recursos de apelación por la representación de legal de ambos litigantes presentando en los escritos de alegaciones los motivos de su impugnación.

De dichos escritos se dio traslado a las contrapartes, presentándose por la representación legal de ambos litigantes sendos escritos de oposición.

Remitidos los autos a esta Superioridad se acordó señalar deliberación, votación y fallo para el día 12 de diciembre del año en curso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección letrada de D^a María Purificación se alzó contra la sentencia de instancia en materia de régimen de visitas reclamando su revocación y que se acuerde no fijar régimen de visitas en materia de régimen de visitas reclamando su revocación y que se acuerde no fijar régimen de visitas o se fije de forma restringida o subsidiariamente se establezca que durante la primera fase del régimen de visitas las entregas y recogidas deben producirse en un punto de encuentro existente en el lugar de residencia de los menores, caso de no existir este punto de encuentro en la localidad donde residen la madre y sus hijos, se permitan que se hagan estas entregas y recogidas en un punto neutral, establecido de común acuerdo, dentro de la localidad de Asturias donde residen los menores con su

madre, todo ello con expresa imposición de costas a la parte apelada; y la dirección letrada de Plácido también se mostró en desacuerdo con el régimen de visitas establecido reclamando el establecimiento del siguiente:

a) Durante los meses escolares los hijos permanecerán al cuidado de la madre Valentina en la residencia de ella y,

b) Durante los meses de vacaciones escolares en su totalidad al cuidado de su padre Plácido, en verano (desde que termine el colegio hasta que vuelva empezar) y las vacaciones escolares de Semana Santa (desde el viernes anterior a la Semana Santa hasta el lunes de Pascua); en cambio, para las vacaciones escolares de Navidad se repartirán por mitades (en dos periodos, desde el 22 al 31 de diciembre y desde el 1 al 7 de enero) eligiendo Plácido los años impares y María Purificación los años pares y en materia de pensión alimenticia pidiendo que no se fije.

SEGUNDO.- La inadmisión del recurso de apelación presentado por la representación de Plácido no puede ser acogida, ya que partiendo de que el plazo para formalizar este recurso vencía el 23 de Marzo, según se afirma en el escrito de oposición al recurso de apelación, presentado por la parte demandante (folio 332), el recurso de apelación está presentado dentro del plazo, pues en el sello se hace constar que el día de su presentación fue el día 22 de marzo de 2005.

La afirmación de la segunda parte apelante de que concurren los requisitos del artículo 442 de la L.E.C. EDL 2000/77463 para tener por desistida a la demandante no es ajustada a Derecho. En primer lugar porque, tal como se hace constar en el acta de la vista (folio 184), compareció el procurador de la parte actora lo cual impide tener al demandante por incomparecido.

Efectivamente el artículo 23-1 de la L.E.C. EDL 2000/77463 establece que la comparecencia en juicio será por procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio, señalándose en el apartado 2 las excepciones a esta regla general en la que los litigantes pueden comparecer por sí mismos, asimismo el artículo 25-1 del mismo Cuerpo Legal dispone que el poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente en nombre su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario en la tramitación de aquellos; de ambos artículos se desprende que el llamado a ser parte como demandante, puede estar representado por el procurador en unos casos de forma obligatoria y otros de forma voluntaria y en ambos casos la comparecencia se practica por la intervención del procurador y los actos procesales, entre los cuales está lógicamente el de asistencia a los actos de juicio o vistas, se realizan por el procurador sin necesidad de intervención del litigante.

Así pues no es indispensable la presencia personal del demandante, que puede comparecer mediante su representación procesal en el juicio verbal, en caso contrario no tendría sentido la advertencia prevista en el artículo 440-1 párrafo 2º de la L.E.C. EDL 2000/77463, esto es, la prevención a los litigantes, al citarles para la vista "de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304", porque si la incomparecencia personal del demandante llevase consigo su desistimiento nunca nos encontraríamos con el supuesto que contempla este precepto, ya que verificado el desistimiento, no se practicaría siquiera prueba alguna.

Por otra parte es ilógico dar un tratamiento más rigorista a los litigantes del juicio verbal que a los que insten un juicio ordinario, pues el artículo 414 de la L.E.C. EDL 2000/77463 permite que asistan representados por procurador, si bien habrán de contar con poder especial a los efectos del párrafo segundo del número 2 de este artículo.

Lo expuesto bastaría para concluir que no se puede tener por desistida a la parte demandante en base al artículo 442 de la L.E.C. EDL 2000/77463, pero es que además la actora había acudido el día y hora señalado para la vista al órgano jurisdiccional, habiendo permanecido custodiada hasta las 11'30 en una sala existente en la planta cuarta, según se hace constar en la diligencia de constancia que obra al folio 187.

El ministerio Fiscal está personado en el proceso y su presencia en el acto de la vista no es indispensable.

TERCERO.- Después de dictarse la sentencia que nos ocupa ha recaído auto de 11 de mayo de 2005 dictado por el mismo órgano jurisdiccional de primera instancia en el que se prohíbe a Plácido aproximarse a la demandante y a sus hijos menores en un radio de 500 metros, así como a la provincia de Asturias, donde estos tienen fijada su residencia actual; así como la prohibición de comunicarse con las citadas víctimas por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, explicándose en su razonamiento jurídico segundo que el demandado ha manifestado de forma reiterada amenazas de muerte, ya no sólo contra su esposa, sino, recientemente, también contra los hijos menores de edad del matrimonio, advirtiéndose una situación de grave riesgo para éstos y un temor fundado de que pudiera atentar contra la integridad de la que fuera su cónyuge o incluso contra la integridad de sus hijos.

Dicha prohibición imposibilita la ejecución del régimen de visitas, por lo que no se entrará en las pretensiones de ambos recursos sobre el régimen de visitas, debiendo ser el juzgador de instancia el que resuelva en esta materia a la vista de las circunstancias concurrentes.

CUARTO.- Para el análisis de la cuestión suscitada en relación con la pensión alimenticia fijada en la sentencia recurrida hay que tener presente que la prestación alimenticia a favor de los hijos tiene naturaleza de orden público, pues constituye al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de la patria potestad y que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículo 1319 y 1362 del Código Civil EDL 1889/1) y los recursos y disponibilidades del guardador (artículo 93, 145-1 y 1438 del Código Civil EDL 1889/1), aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículo 103 y 1438 del Código Civil EDL 1889/1), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982).

La letrado de la parte demandante no renunció a la pensión alimenticia en el acto de la vista, pero Dª María Purificación afirmó que no quiere dinero del demandado en el interrogatorio. Ahora bien hay que tener en cuenta que en materia de pensión alimenticia

para los hijos menores el principio dispositivo está atenuado, pues hay connotaciones de orden público, ya que se trata de proteger el interés preferente de los menores.

El demandado en el interrogatorio afirmó que tiene unos ingresos mensuales de 850 euros y con ellos aparte de abonar la pensión alimenticia tiene también que atender a sus propias necesidades.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que la demandante también debe contribuir al sostenimiento de los hijos ya que tiene ingresos propios, así en el interrogatorio admitió que trabajando en la limpieza y en un bar obtiene unos ingresos mensuales de aproximadamente 400 euros, y que recibe ayuda de los Servicios Sociales con respecto al comedor, colegio, libros y la mitad del alquiler e incluso le abonan los pañales del hijo minusválido, hay que concluir que la cantidad fijada en concepto de pensión es ajustada a Derecho.

La segunda parte apelante esgrime en apoyo de su pretensión revocatoria en materia de pensión alimenticia que parte de sus ingresos son pluses y horas extra, lo cual no tiene corroboración probatoria, pero aunque admitiéramos que fuera así, no procedería la revocación en esta materia, ya que las cantidades por estos conceptos también deben ser consideradas para fijar la pensión alimenticia pues inciden en la capacidad económica de quien las recibe.

QUINTO.- Dada la naturaleza del objeto del proceso, las circunstancias concurrentes y la flexibilidad permitida en estos procedimientos de conformidad con el artículo 398 de la L.E.C. EDL 2000/77463 no procede hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que no se entra en las pretensiones en materia de régimen de visitas contenidas en el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a María Isabel Herrada Martín en nombre y representación de D^a María Purificación y por la procuradora D^a Helena Romano Vera en nombre y representación de D. Plácido contra la sentencia dictada en fecha 25 de noviembre de 2004 por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 3 de Alcobendas en los autos seguidos bajo el núm. 351/03 entre ambos litigantes, debiendo ser el juzgador de instancia el que resuelva según las circunstancias concurrentes y se desestima el segundo recurso aludido en materia de pensión alimenticia, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Que en el día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Magistrado Ponente D. José Angel Chamorro Valdés.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222006100167