

EDJ 2010/60018

AP Valencia, sec. 10ª, S 28-1-2010, nº 52/2010, rec. 674/2009

Pte: Motta García-España, José Enrique de

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 1ª de 26 octubre 2011 (J2011/253606)

Resumen

Frente a la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró la disolución del matrimonio de los litigantes por divorcio, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; la AP revoca el pronunciamiento, al estimar en parte los recursos de apelación interpuestos por ambas partes litigantes. Entre los diversos pronunciamientos emitidos, sostiene la Sala que teniendo por objeto el proceso un procedimiento matrimonial en el que deben fijarse, entre otras cosas, pensiones alimenticias, que requieren el conocimiento de lo que realmente se gana, no puede considerarse una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, si bien se procede a estimar que no es preciso se consigne el nombre concreto del despacho de abogados en el que desempeña su trabajo el esposo, por lo que se acuerda suprimir toda referencia al mismo de la sentencia de instancia, sustituyéndolo por "el de un prestigioso bufete de abogados".

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.2

LO 1/1982 de 5 mayo 1982. Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

art.2.1

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.10.1

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.94 , art.103.3 , art.145.1 , art.146 , art.152.2 , art.165.2 , art.1438

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

La intromisión ilegítima: concepto y requisitos

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

Régimen de visitas

Favor "filii"

Pernocta

Otras cuestiones

Otros supuestos

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa separada,Esposo separado; Desfavorable a: Esposa separada,Esposo separado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.2 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Aplica art.2.1 de LO 1/1982 de 5 mayo 1982. Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

Aplica art.10.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.94, art.103.3, art.145.1, art.146, art.152.2, art.165.2, art.1438 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.18.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 1ª de 26 octubre 2011 (J2011/253606)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN SAP Valencia de 6 junio 2008 (J2008/160685)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STS Sala 1ª de 23 febrero 2006 (J2006/11945)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 22 abril 2002 (J2002/11229)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 5 mayo 2000 (J2000/8895)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STS Sala 1ª de 27 abril 2000 (J2000/7022)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 28 septiembre 1998 (J1998/30678)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 5 mayo 1997 (J1997/2615)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 15 enero 1996 (J1996/15)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 20 junio 1994 (J1994/14449)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 22 marzo 1993 (J1993/2815)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 14 diciembre 1992 (J1992/12339)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 1 octubre 1990 (J1990/8850)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 28 septiembre 1989 (J1989/8447)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 7 noviembre 1988 (J1988/521)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 20 abril 1988 (J1988/388)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 18 mayo 1987 (J1987/3845)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 25 marzo 1987 (J1987/36)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 20 febrero 1987 (J1987/22)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 30 diciembre 1986 (J1986/8750)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 24 noviembre 1986 (J1986/145)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 5 noviembre 1985 (J1985/126)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 8 octubre 1985 (J1985/109)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 8 mayo 1984 (J1984/57)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 2ª de 13 enero 1983 (J1983/1)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN STC Sala 1ª de 31 marzo 1981 (J1981/9)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges STS Sala 1ª de 16 noviembre 1978 (J1978/420)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 9 junio 1971 (J1971/358)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 2 diciembre 1970 (J1970/660)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez de Juzgado de Primera Instancia número 26 de Valencia, en fecha 19-12-08 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Dª Cristina, contra D. Genaro, declarando el divorcio y disolución del matrimonio formado entre ambos, con todos los efectos inherentes a la misma, que se regirá por las siguientes medidas: 1ª Conservando la Patria Potestad ambos conyuges, se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos menores comunes, Pedro y Jorge, con un derecho de comunicación y estancias en favor del padre de semanas alternas desde las 18,30 horas de los viernes a las 21 horas del domingo, todos los miercoles desde la salida del colegio a la entrada al mismo en el siguiente día y la mitad de las vacaciones escolares, eligiendo periodos ante la falta de acuerdo la madre los años pares y el padre los impares. Los puentes serán unidos al que corresponda la estancia más próxima y los días intersemanales festivos se repartirán por igual de modo alternativo, a falta de pacto. 2ª Se atribuye a la esposa demandante y a los hijos comunes el uso de la vivienda conyugal sita en La Eliana, CALLE000 - NUM000, así como el ajuar familiar, pudiendo retirar el esposo, previo inventario sus enseres de uso personal en el plazo de 10 días si no lo hubiere ya efectuado. 3ª Se fina en DOS MIL OCHOCIENTOS EUROS mensuales, la cantidad que deberá satisfacer el demandado a la actora, en la cuenta bancaria que por esta se determine, en concepto de alimentos en favor de sus hijos, por su cobertura ordinaria y la mas ampliamente referida en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución, cantidad que se actualizará automaticamente cada año con arreglo a las variaciones de los indices de precios en relación al consumo publicados por el organismo nacional competente. 4ª Cada uno de los cónyuges, abonará en la proporción del 70% el padre y el 30% la madre, los gastos extraordinarios que en relación a los hijos puedan producirse conforme a lo dispuesto en el razonamiento jurídico cuarto de esta resolución. Notifíquese la presente resolución a las partes, haciendoles saber que contra esta sentencia puede prepararse recurso de apelación ante este Juzgado en término de CINCO DIAS, para ante la Audiencia Provincial. No ha lugar al resto de los pedimentos ni a hacer expreso pronunciamiento sobre la imposición de costas". Notificada dicha resolución a las partes, por el Procurador Sr. Jiménez Tirado se solicitó aclaración de la misma y previos los trámites legales pertinentes, se dictó auto con fecha 2-02-09 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente " NO HA LUGAR A LA ACLARACION DE LA SENTENCIA de fecha 19 de diciembre de 2008 y que ha sido solicitada por el Procurador Sr/a JIMENEZ TIRADO. en los términos que se pretenden, sin perjuicio de su apelación, resultado, en cualquier caso, irrelevante para la disposición resultante, manteniéndose en su integridad la redacción de la resolución".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por las respectivas representaciones procesales de las partes se interpusieron sendos recursos de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia en donde comparecieron dentro de plazo; se ha tramitado el recurso celebrándose la vista el día 27-01-10, a las 9'45 horas de su mañana, a cuyo acto asistieron los letrados y las representaciones de las partes, así como el Ministerio Fiscal, que constan en la diligencia de vista extendida a tal efecto, solicitando se dictara sentencia conforme a las pretensiones de sus respectivos patrocinados.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al haber recurrido ambas partes alegando varios motivos procede el estudio de los mimos por separado salvo aquellos que sean los mismos, comenzando por la nulidad interesada por el demandado respecto de la exploración realizada a los menores después de la vista, y acerca de ello debe decirse que aunque en dicho acto ninguna intervención tienen las partes al realizarse con la sola presencia del Sr. Juez y Secretario, no lo es menos que uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento es la contradicción junto con la prohibición de indefensión.

La efectividad de la indefensión, según las Sentencias de 19 de mayo y de 6 de junio de 2008 EDJ 2008/160685 , « requiere la concurrencia de determinados requisitos, y así: a) Que el análisis de la indefensión se realice siempre en atención a las circunstancias

concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre EDJ 1986/145 ; b) Que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional (SSTC 186/1998 EDJ 1998/30678 , 145/1990 EDJ 1990/8850 , 230/1992 EDJ 1992/12339 , 106/1993 EDJ 1993/2815 , 185/1994 EDJ 1994/14449 , 1/1996 EDJ 1996/15 , 89/1997 EDJ 1997/2615 , entre otras muchas), y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas; c) Que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca (STC 57/1984, de 8 de mayo EDJ 1984/57), bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981 EDJ 1981/9 , 1/1983 EDJ 1983/1 , 22/1987 EDJ 1987/22 , 36/1987 EDJ 1987/36 , 72/1988 EDJ 1988/388 y 205/1988 EDJ 1988/521), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre EDJ 1985/126), o bien por una conducta de ocultamiento en aquellos supuestos en los que el motivo invocado para instar la nulidad se funda en la falta de emplazamiento, incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento (STC 109/1985, de 8 de noviembre EDJ 1985/109)»

Esta doctrina jurisprudencial lleva necesariamente a la estimación del recurso de acuerdo con las incidencias procesales habidas en el curso del proceso anteriormente, como consecuencia de las cuales se ha producido una indefensión material del hoy recurrente al haberse practicado una nueva exploración de los hijos 1º sin ni siquiera haberse acordado la misma, ni, consecuentemente, haberse dado aviso a las partes de su realización, 2º sin explicarse tampoco, consecuentemente con lo anterior, el porqué de la misma, pese a haberse realizado ya otra en los presentes autos. Ello comporta, la nulidad de dicha exploración que no debe ser tenida en cuenta a los efectos de los presentes autos.

SEGUNDO.- Respecto a preservar la intimidad de las partes, debe decirse que el contenido del informe relativo a la vida laboral del demandado, no puede implicar una intromisión ilegítima en el derecho de honor, y tampoco lo es que al referirse a los activos financieros. Tal información podrá ser, o no, cierta, pero en la sociedad actual es difícil, por regla general, que atribuir a una persona bienes o fortuna menoscabe su fama, atente a su dignidad o propia estimación. Al contrario, imputar a una persona de buena o inmejorable posición económica una situación de ruina o pobreza, hasta pudiera serlo, pero al revés no es razonable admitirlo.

Y lo mismo cabe decir respecto al capítulo del despacho en el que trabaja así como sus ingresos.

De este modo podemos pasar a analizar si ello constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante.

El Tribunal Constitucional tiene declarado, entre otras en sentencias 115/2000, de 10 de mayo EDJ 2000/8895 , y 83/2002, de 22 de abril EDJ 2002/11229 , que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución EDL 1978/3879 tiene por objeto reservar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 de la Constitución EDL 1978/3879), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y familia, que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 de la Constitución EDL 1978/3879 garantiza, es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuales son los contornos de nuestra vida privada.

Es discutible que la aportación a un procedimiento judicial de documentos o información relativos a una de las partes implique la divulgación o publicidad de hechos relativos a su vida privada o intimidad, (pueden observarse las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2000 EDJ 2000/7022 y 23 de febrero de 2006 EDJ 2006/11945), pero en cualquier caso, no estimamos que lo que es objeto del proceso suponga una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante. Es la propia persona la que configura el ámbito reservado a su intimidad (artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 EDL 1982/9072), y en el caso de autos no se contienen datos reservados de la vida personal del actor. Sus referencias accionariales, de propiedad y vehículos constan en registros públicos, y los datos relativos a su vida laboral no forman parte de su esfera privada en cuanto que ello es sobradamente conocido entre la gente perteneciente al mundo del derecho, entre cosas, por lo que no puede mantener que, la aportación de tales datos en la causa, implica una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, por lo cual no es necesario plantearse ya la colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la defensa procesal que permitiría investigar en la vida privada de un litigante, máxime cuando, además, estamos en un procedimiento matrimonial en el que deben fijarse, entre cosas, pensiones alimenticias, que requieren el conocimiento de lo que realmente se gana; siendo, de otra parte, cuanto menos, contrario a la igualdad, que quienes poseen una nómina sí vean reflejados sus ingresos y se pretenda que otros no sean igualmente transcritos, y sin que, igualmente, deba silenciarse el despacho al que se pertenece, habida cuenta que ello puede ser un dato de relevancia para conocer la proyección laboral de la persona a cuyo cargo se va a fijar medidas de carácter económico, sin perjuicio de, evidentemente, la cautela que nuestro ordenamiento exige sobre la publicidad de los datos de las partes intervinientes en un procedimiento, respecto de la cual puede decirse que, en los 10 años que esta Sala tiene, jamás ha conocido caso alguno de publicidad, no ya de los aspectos económicos de las partes, sino de las propias partes, salvo las que estas hayan querido difundir; cupiendo añadir que es que, además, viene obligado el Juzgado a recoger tales datos en la sentencia 1º porque difícilmente, si no lo hace, va a poder cumplir con la obligación de razonar sobre aspectos que no se recogen en la misma, 2º porque, caso de apelación, tampoco la Sala podrá saber los datos que han llevado a acordar las medidas que se apelan, con lo que mal podrá la misma apreciar el acierto o desacierto de tales medidas, 3º porque, caso de una futura modificación de las mismas, no se podrá conocer, por no reflejarlo la sentencia, cuáles eran los datos que llevaron a señalar dichas medidas, con lo que ni el Juzgado ni, en su caso, la Sala tendría reflejados en la sentencia que se pretende modificar, la posición anterior de uno y otro cónyuge. Lo anterior no obsta para que estime la Sala que no es preciso se consigne el nombre concreto del despacho de abogados en el que desempeña su trabajo el esposo, por lo que se acuerda suprimir toda referencia al mismo de la sentencia de instancia, sustituyéndolo por "el de un prestigioso bufete de abogados".

TERCERO.- En cuanto a lo que pueden ser gastos ordinarios y extraordinarios, que recurre la esposa, debe decirse que la primera discusión viene determinada por establecer qué se entiende por gastos extraordinarios.

El Diccionario de la Real Academia define como extraordinario lo que se sitúa "fuera del orden o regla natural común", añadiendo, específicamente que es gasto extraordinario "el añadido al presupuesto normal de una persona, una familia etc."

En consecuencia, y con carácter de generalización, habremos de considerar, en relación con esta cuestión, que los gastos extraordinarios, en la vida de los hijos, son aquellos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden o no surgir, habiendo, además de ser vinculados a necesidades que han cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse sin menoscabo para el alimentista.

Aunque eso conlleva que muchas cosas superfluas que tendrían los hijos, como todos hemos podido tener, ya no las van a tener por culpa de la separación.

Deben ser las partes las que, en cada caso, convengan qué gasto debe o no ser estimado como extraordinario, y a falta de ello, serán los Tribunales los que decidan sobre si un determinado gasto será o no incluíble como extraordinario, así como la proporción con que cada progenitor ha de contribuir, que, normalmente, será por mitad, salvo que concurren determinadas circunstancias que aconsejen establecer un proporción distinta.

Dicho de otro modo: En primer lugar debe determinarse qué se entiende por gastos extraordinarios, y a tal efecto conviene recordar que aunque pueda parecer simple, gastos extraordinarios son, como de su propio tenor literal se deduce, los que no son ordinarios, sino excepcionales, siendo, además, variables en el tiempo y en su cuantía, y, en consecuencia, incompatibles con el establecimiento de una cantidad alzada; pero, dentro de los gastos extraordinarios, debe distinguirse entre los necesarios y los convenientes e, incluso, una tercera categoría en la que se podrían incluir aquellos que son perfectamente prescindibles; en efecto, existen unos gastos extraordinarios cuya necesidad no puede discutirse - una operación por ejemplo - y al no estar contemplados en la resolución judicial - bien sea contenciosa o de mutuo acuerdo -, a su pago deben contribuir ambos progenitores; asimismo hay otros gastos cuya conveniencia nadie discute pero su realización dependerá, en buena medida, de las reales posibilidades económicas de los progenitores, y, finalmente, el tercer grupo en el que se pueden incluir los demás gastos extraordinarios que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio.

Nadie discute que sería deseable que los hijos pudiesen seguir con los mismos gastos extraordinarios - no sólo, por supuesto, los necesarios, sino también los convenientes e, incluso, los prescindibles -, pero también a nadie se le escapa que ello, necesariamente, va a depender, en gran manera, - aparte de la voluntad de los padres -, de los medios económicos con que cuenten los mismos, que hará que, a veces, haya que establecer un orden prioritario.

Sentado lo anterior asimismo debe decirse que también debe comprenderse la situación en que muchas veces se encuentra el progenitor custodio y la postura que se suele adoptar por el no custodio, y así el progenitor que ostenta la guarda y custodia tiene, muchas veces, que ir adelantando dinero para cuestiones que son conocidas - o al menos fácilmente presumibles - para el no custodio, y otras veces atender a peticiones normales y usuales en cualquier hijo y, de nuevo, tener que comentarlo con el otro cónyuge, lo que, a veces, no es posible por la premura de tiempo, por no hallar al otro o, simplemente, por la mala relación existente entre ambos, lo que conlleva que tenga que ser siempre el progenitor custodio el que, de entrada, 1º tenga que hacer frente a las lógicas peticiones o atenciones de sus hijos, 2º tenga que pagar y 3º luego acudir a los Tribunales para conseguir que se le reintegre la mitad de lo que hace tiempo él adelantó.

Es verdad que se argumenta muchas veces que, de esta forma, el progenitor custodio puede obligar al otro progenitor a tener que abonar otras cantidades de dinero además de la que mensualmente viene abonando, pero no es menos cierto que no se puede, seriamente, pensar que se pretende con ello hacer gastos con el fin de dañar la economía del otro cónyuge, cuando la del primero no es holgada.

La nota, pues, que caracteriza a los gastos extraordinarios es la imprevisibilidad, es decir, que no se puede saber con antelación suficiente que van a surgir esas necesidades del menor, al depender de sucesos de difícil o imposible previsión, ya que los mismos pueden, o no, surgir, a diferencia de los ordinarios de los que al saberse y conocerse su existencia, se puede señalar la cuantía que por los mismos debe abonar el progenitor no custodio.

En el caso de autos es lo cierto que las partes no discrepan en cuanto a las necesidades que los hijos vienen teniendo, toda vez que el demandado no recurre los conceptos reclamados bajo el término alimentos, por la actora, limitándose la discusión en cuanto al importe de la citada pensión así como en cuanto al porcentaje de los gastos extraordinarios.

CUARTO.- En cuanto a la pensión alimenticia debe recordarse que la determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada al caudal o medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe (art. 146 CC EDL 1889/1), es facultad del Juzgador de instancia -y por ende de la presente Sala- (SSTS 20 diciembre, 28 junio 1951 21 diciembre 1951, 30 diciembre 1986 EDJ 1986/8750, 18 mayo 1987 EDJ 1987/3845 y 28 septiembre 1989 EDJ 1989/8447).

A efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC EDL 1889/1 tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS 6 febrero 1942, 24 febrero 1955, 8 marzo 1961 20 abril 1967, 2 diciembre 1970 EDJ 1970/660 9 junio 1971 EDJ 1971/358 y 16 noviembre 1978 EDJ 1978/420) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad

En el caso que nos ocupa, no se discute la pertinencia de la pensión por alimentos, sino su cuantificación, por lo que habrá que ver tanto las necesidades de los menores como los ingresos de los progenitores, especialmente del no custodio, y el principal problema con el que nos vamos a encontrar es el de su señalamiento, aunque sobre ello, de forma unánime se dice que han de valorarse, de un lado, las necesidades de los hijos y las necesidades del obligado al pago - de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152-2º del Código Civil EDL 1889/1 - y de otro lado los recursos económicos de ambos progenitores - según el artículo 145-1º y 1438 -, el trabajo que el guardador dedica al hogar y a la atención de los hijos - artículo 103-3º y 1438 -, el uso de la vivienda familiar por él y los hijos con exclusión del otro progenitor y los recursos económicos con que cuentan los propios hijos - artículo 165-2º -.

Como quiera que, en el caso de autos, los ingresos de las partes permiten sobradamente tales gastos, y la Sala está plenamente convencida que ambos progenitores están conformes con que los hijos sigan manteniendo el status y ritmo de vida que han tenido desde siempre, lo único que habrá que ver son los gastos de los mismos, separando los ordinarios de los extraordinarios -a los que luego se hará referencia, al haber sido objeto también de recurso- y señalar de ese modo la cuantía de la pensión alimenticia.

En el caso de autos las necesidades ordinarias, por ser fijas, de los hijos son:

1571'43 de gastos escolares mensuales (819'70 y 751'73, respectivamente, de Pedro y Jorge, donde está incluido: matricula, escolaridad, comedor, caja solidaridad, tarifa exámenes, viaje anual, suscripción revista, taxi, profesora idiomas y libros)

500 euros mensuales para ambos por las actividades de golf (donde se incluyen las cuotas, custodia palos, escuela anual, clases individuales, zapatos y bolas, no estando incluidas las asistencias a campeonatos al no saberse con precisión su importe, dependiendo del número y lugar, por lo que tal concepto deberá incluirse en los gastos extraordinarios)

832 euros mensuales de gastos de vestuario para ambos

1750 euros mensuales de gastos de vivienda

Todo ello arroja la suma de 4.653'43 euros mensuales a lo que hay que añadir los de alimentación propiamente dichos de ambos hijos

Así las cosas estima la Sala que el padre, por el concepto de alimentos, debe contribuir con la suma mensual de 2.500 euros por hijo, habida cuenta la enorme diferencia de ingresos entre uno y otro cónyuge -más de 10 veces, al percibir el esposo unos 799.347'61 euros y la esposa unos 74.634'86 euros- así como la dedicación de la madre al cuidado de los hijos, suma esta que, habida cuenta la existencia de medidas provisionales, debe abonarse desde la fecha de la sentencia de instancia.

QUINTO.- De otra parte están los gastos extraordinarios, que pese a que la actora los computa como ordinarios, esta Sala estima que sólo deben ser considerados como ordinarios los anteriormente reseñados, habida cuenta que los demás que solicita la actora 1º pueden, o no, darse, 2º no se puede conocer el importe de los mismos con la exactitud precisa para poder fijar su importe, como sí se ha podido hacer con los consignados en el fundamento, lo que lleva a la Sala a incluirlos en el apartado de los extraordinarios, pues mal podrá determinarse exactamente, por ejemplo, el gasto de los viajes por los campeonatos de golf al ignorarse si se harán o no, cuántos, dónde etc., así como los viajes al extranjero a aprender idiomas, al ser de dominio público que su importe varía según destino y agencia, e igual acontece con la ortodoncia, gafas etc., por lo que todos esos, que la actora los reclamaba como ordinarios, así como el resto de los extraordinarios que puedan surgir, deben reclamarse bajo el concepto de extraordinarios en la proporción que luego se dirá.

SEXTO.- En cuanto a los gastos extraordinarios la discrepancia entre las partes lo es por la proporción establecida en la sentencia de instancia -70%-30%- ya que mientras la actora interesa sea 90%-10%, el demandado interesa se fije para cada uno el 50%, y acerca de ello debe decirse que, si bien usualmente se viene señalando la mitad para cada cónyuge, cuando los medios de uno y otro son absolutamente desproporcionados, la Sala acuerda otra proporción dado que de fijar el 50% se abocaría a la ruina al cónyuge con menores ingresos; y ello es lo que acontece en el caso de autos, dada la más que evidente desproporción entre los ingresos de uno y otro, hasta el punto de multiplicarse por 10 los ingresos del esposo respecto de la esposa, lo que lleva a la Sala a fijar esa misma proporción para los gastos extraordinarios, señalando por ello la proporción en un 90% a cargo del padre y un 10% a cargo de la madre.

SEPTIMO.- En cuanto al régimen de visitas, en tanto la actora interesa la supresión de la pernocta de los miércoles, el padre solicita que la devolución en las visitas de los fines de semana alternos sea el lunes directamente al colegio, y acerca de ello debe recordarse que esta Sala, acerca del régimen de visitas, siempre ha procurado favorecer el mismo, habida cuenta que ello redundaría en beneficio de los hijos, salvo que circunstancias contrarias aconsejen lo contrario; en efecto, el régimen de visitas no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio.

OCTAVO.- El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o

de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil EDL 1889/1), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo.

En el presente caso, no existe dato, elemento o indicio alguno en autos que aconseje, siquiera, disminuir el señalado en la sentencia de instancia, y sí acordar que los hijos los fines de semana en que haya visitas, en vez de devolverlos al domicilio familiar, sean devueltos directamente al colegio, al ser ello además de beneficioso para las relaciones paterno filiales, lo que usualmente se acuerda cuando es solicitado.

NOVENO.- No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey Ha decidido:

Declaramos haber lugar en parte a los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores D^a M^a Teresa Calatayud Soler y D. Alfonso Francisco López loma en representación, respectivamente, de D^a Cristina y D. Genaro contra la sentencia de fecha 27-1-2010 dictada por el Juzgado de 1^o instancia núm. 26 de Valencia cuya resolución revocamos en el sentido de suprimir de la sentencia de instancia toda referencia al nombre del bufete de abogados en el que trabaja el demandado, sustituyéndolo por "el de un prestigioso bufete de abogados", así como señalar en concepto de pensión alimenticia la suma de la suma mensual de 2.500 euros por hijo a abonar desde la fecha de la sentencia de instancia, y que la contribución a los gastos extraordinarios será en un 90% a cargo del padre y un 10% a cargo de la madre, acordando igualmente que las visitas los fines de semana que corresponden al padre serán hasta el lunes en serán devueltos directamente al colegio por el mismo, manteniendo el resto de las demás medidas, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370102010100100