

Resumen

Estima la AP parcialmente el recurso de apelación formulado por la demandada contra la resolución dictada en procedimiento de reclamación de paternidad. Revoca la Sala el pronunciamiento, supliendo la omisión al efecto padecida por el órgano "a quo", estableciendo que los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor sean sufragados al 50% entre ambos progenitores, entendiéndose por tales los derivados de largas enfermedades, intervenciones quirúrgicas, tratamientos dentales u ópticos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, u otros de entidad similar. Los demás gastos extraordinarios, de carácter no absolutamente necesario, precisarán, en orden a su exigencia ejecutiva, el consentimiento previo de ambos progenitores o, en su defecto, de autorización judicial.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.386

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

art.3

Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.

art.9.3

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.39

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.93 , art.94 , art.145 , art.146 , art.154 , art.160

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

FILIACIÓN

ACCIONES DE FILIACIÓN

Acción de reclamación

Supuestos diversos

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensiones alimenticias a los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

Régimen de visitas

Favor "filii"

Casos de modificación progresiva

Limitaciones

PATRIA POTESTAD

TITULARES

CONTENIDO

EJERCICIO

PRUEBA

PERITOS

Fuerza probatoria

PRESUNCIONES

Afirmación base e inferencia

SENTENCIA

INCONGRUENCIA

Omisión de pronunciamientos
Incongruencia omisiva

UNIONES DE HECHO

MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

Alimentos
Visitas

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Madre, Ministerio Fiscal, Padre; Desfavorable a: Madre, Ministerio Fiscal, Padre
Procedimiento: Apelación, Filiación

Legislación

Aplica art.386 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Aplica art.3 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.
Aplica art.9.3 de Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.
Aplica art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Aplica art.93, art.94, art.145, art.146, art.154, art.160 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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.- Con fecha 19 de noviembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARÍA DEL ROSARIO LARRIBA ROMERO, en nombre y representación de DON Amador, contra DOÑA Elsa y Eva María :

1º.- DEBO DECLARAR Y DECLARO que la menor Eva María es hija no matrimonial de Amador, debiendo constar así en la inscripción de nacimiento de Eva María en el Registro Civil de Madrid, Tomo NUM000 en la página NUM001 de la sección NUM002, debiendo inscribirse a la menor con los apellidos paterno y materno y por tanto como Sofía.

Que ESTIMANDO en lo sustancial la demanda RECONVENCIONAL interpuesta por al Procuradora de los Tribunales DOÑA PALOMA SANCHEZ OLIVA, en nombre y representación de DOÑA Elsa, contra DON Amador debo acordar y acuerdo las siguientes medidas:

1º.- Se concede la guarda y custodia de la menor a la madre D^a Elsa siendo la patria potestad compartida.

2º.- Se establece como pensión de alimentos a favor de Eva María la cantidad de 400 euros mensuales, cantidad que don Matías debe satisfacer a D^a Gregoria dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la Sra. Gregoria al efecto. Dicha cantidad se actualizará anualmente, el uno de enero de cada año (comenzando la actualización el 1 de enero de 2.009), conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que establece el INE u organismo que pueda sucederle en el futuro.

3º.- Se establece el siguiente régimen de visitas a favor del padre y respecto de la hija menor Eva María :

a).- Durante un período en principio de cuatro meses, don Amador podrá visitar a Eva María en el domicilio materno los viernes desde las 19:00 horas hasta las 21:00 horas con presencia de la madre. Debiendo el padre realizar controles quincenales sobre consumo de drogas en el CAD más próximo a su residencia el cual remitirá informe al Juzgado sobre dichos controles.

b).- Transcurrido dicho plazo de cuatro meses y su los informes emitidos por el CAD de zona ponen de manifiesto el no consumo de drogas por don Amador, previa resolución del juzgado al efecto, se mantendrán las visitas los viernes desde las 18:00 horas hasta las 20:30 horas debiendo el padre recoger y reintegrar a la menor del domicilio materno y sin que sea necesaria la presencia de la madre. Dichas visitas tendrán una duración en principio de seis meses, y durante dicho período el padre deberá seguir realizando los controles quincenales referidos en el período anterior.

c).- Transcurrido esos seis meses y si los informes emitidos por el CAD de zona ponen de manifiesto el no consumo de drogas por don Amador previa, resolución del juzgado al efecto, se mantendrán las visitas los viernes desde las 18:00 horas hasta las 20:30 horas y además el padre podrá estar con la menor los fines de semana alternos, los sábados y los domingos desde las 11: 00 horas hasta las 20:00 horas (sin pernocta) debiendo el padre recoger y reintegrar a la menor del domicilio materno y sin que sea necesaria la presencia

de la madre durante las visitas. Durante dicho período el padre deberá seguir realizando los controles (en este caso mensuales) referidos en el período anterior.

d).- Transcurrido un año desde que con total normalidad se cumplan el régimen de visitas anterior y si los informes emitidos por el CAD son en el sentido de que el mismo no consume drogas, previa resolución del juzgado al efecto, comenzará un régimen de visitas de las tardes del miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas debiendo reintegrar a la menor al domicilio materno y de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas que el padre deberá reintegrar a la menor al domicilio materno.

Y todo ello sin expresa imposición de las costas del procedimiento a ninguna de las partes.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de cinco días para ante la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta mi Sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, de la que se llevará testimonio a los Autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo."

En dicho procedimiento se dictó, en 12 de enero de 2009, Auto cuya parte dispositiva dice así: "Se aclara la Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2008, dictado por este Juzgado, en los presentes autos de manera que debe corregirse el fallo en su punto 2º que debe decir:

" 2º.- Se establece como pensión de alimentos a favor de Eva María la cantidad de 400 euros mensuales, cantidad que don Amador debe satisfacer a Dª Elsa dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la Sra. Elsa al efecto.

Dicha cantidad se actualizará anualmente, el uno de enero de cada año (comenzando la actualización el 1 de enero de 2.009), conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que establece el INE u organismo que pueda sucederle en el futuro."

Igualmente procede añadir un párrafo en el fundamento de derecho sexto y el num. 4 del FALLO del siguiente tenor:

" Una vez iniciado el régimen de visitas recogido en el punto d) cada progenitor podrá disfrutar de la compañía de la hija menor la mitad de las vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa y a falta de acuerdo entre los progenitores le corresponderá elegir el período de disfrute de dichas vacaciones los años pares al padre y los impares a la madre. Asimismo durante dichas vacaciones cada progenitor deberá comunicar al otro el lugar donde se encuentra la menor y permitir la comunicación telefónica o similar con la misma."

Así por este Auto, lo acuerda, manda y firma la Ilma. Sra. Dª MERCEDES GALINDO FUENTES MAGISTRADO-JUEZ DEL JDO. 1A. INST.E Instrucción N.3 de ALCOBENDAS."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Dª Elsa, exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de don Amador escrito de oposición, en tanto que el Ministerio Fiscal se adhirió parcialmente al recurso formulado.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para vista el día 24 de los corrientes. En dicho acto se oyó a ambos litigantes, y sus direcciones Letradas hicieron cuantos alegatos estimaron pertinentes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - Contra el criterio decisorio plasmado en la Sentencia de instancia acerca del régimen visitas a favor del progenitor no custodio y aportación económico-alimenticia a cargo del mismo, se alza la Sra. Elsa, interesando de la Sala que, con revocación parcial de dichos pronunciamientos, se acuerde lo siguiente:

"1. Prolongar la primera fase del régimen de visitas entre D. Amador y su hija seis meses más a contar desde que se dicte la sentencia en segunda instancia, período durante el cual D. Amador deberá someterse a controles del CAD semanalmente, los cuales deberán verificar el consumo de cualquier sustancia estupefaciente, no sólo cocaína, así como el consumo de alcohol por parte de D. Amador.

Una vez transcurridos esos seis meses, a contar desde que se dicte la sentencia en segunda instancia, y previa resolución favorable del Juzgado, comenzará la segunda fase del régimen de visitas establecida en la sentencia de primera instancia la cual tendrá una duración de seis meses, durante los cuales D. Amador se someterá a controles semanales en el CAD que verifiquen si el Sr. Amador consumen cualquier tipo de sustancia estupefaciente, no sólo cocaína, así como el consumo de alcohol.

Transcurridos estos seis meses y previa resolución favorable del Juzgado, se llevará a cabo el régimen de visitas establecido en los apartados c) y d) de la Sentencia, en los términos acordados en la sentencia de primera instancia.

2. Aumentar la cuantía de la pensión de alimentos a favor de la hija menor de edad a la suma de 900 euros mensuales, pagaderos por D. Amador en doce mensualidades al año, por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta que a tal efecto designe Dª Elsa. Dicha cantidad se revalorizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo emitido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios de la hija serán abonados al 50% entre ambos progenitores".

El Ministerio Fiscal, adhiriéndose parcialmente a dicho recurso, interesa que la pensión de alimentos quede fijada en 500 Eur. al mes.

Tales planteamientos encuentran la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996 EDL 1996/13744 , los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

La referida Convención, de 20 de noviembre de 1989, proclama, en su artículo 9-3, que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

A la vista de dichas normas de carácter general, presididas por el principio del favor filii, el ius visitandi que, en supuestos como el que nos ocupa, regulan los artículos 94 y 160 del Código Civil EDL 1889/1 no puede concebirse como cualquier otro derecho, sino como un complejo derecho-deber, cuya finalidad primordial es la de proteger los prioritarios intereses del hijo, en orden a un contacto regular con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana se le ha privado sin culpa suya, paliándose así las nocivas consecuencias que, por sí sola, conlleva para el menor la quiebra de la unidad familiar, habida cuenta que tales relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia para un desarrollo armónico y equilibrado del referido descendiente.

De ahí que, desde la resolución judicial del conflicto al efecto suscitado, deba procurarse que tales contactos sean tan amplios y frecuentes como las circunstancias de cada caso permitan o aconsejen.

Cierto es que los antedichos preceptos contemplan igualmente la posibilidad de la restricción, o inclusive la suspensión, del recíproco derecho que a padres e hijos les corresponde legalmente, pero ello reviste un carácter excepcional, en cuanto supeditado, a tenor de dicha dicción legal, a la concurrencia de graves circunstancias que así lo aconsejen.

En el caso que examinamos, la regulación que en la Sentencia apelada se realiza del derecho recíproco que, en orden a tales comunicaciones, incumbe a padre e hija, responde a una prudente ponderación de las circunstancias que condicionan el mismo, teniendo en cuenta el prioritario interés de la menor que, en la coyuntura existente al tiempo de resolverse en la instancia la contienda, aconsejaba tanto la exclusión de un sistema normalizado de visitas, como una progresiva ampliación del mismo, según las recomendaciones contenidas en los dictámenes emitidos por las integrantes del Equipo Psico-social adscrito al Juzgado.

Adviértase, por lo demás, que los plazos establecidos en dicha resolución, respecto de la sucesiva ampliación de las visitas, no habían de operar de modo automático y sin ningún otro condicionante, al supeditarse la progresión a los informes quincenales a emitir por el CAD acerca del posible consumo, por el Sr. Amador, de sustancias estupefacientes.

A mayor abundamiento, y como reconocen ambos litigantes en el acto de la vista celebrado ante la Sala, el citado régimen de visitas se encuentra aún en el primero de los estadios que sanciona la resolución apelada, no obstante el tiempo transcurrido desde que la misma fue dictada, sin que, al parecer, se haya dado lugar a la ejecución que dice haber interesado el actor.

A la vista de tales condicionantes, la regulación que del derecho de visitas propone, a través de su recurso, la Sra. Elsa ha perdido toda virtualidad, máxime cuando, según se ha expuesto, la posible normalización progresiva de las estancias de la menor con el padre no se supedita tan sólo a un calendario estanco, sino también a la evolución y control de su dependencia tóxica, lo que podrá determinar la regulación futura de los marcos temporales en principio recogidos en dicha resolución.

TERCERO.- Dispone el artículo 39 de la Constitución EDL 1978/3879 que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en lo demás casos en que legalmente proceda. La obligación alimenticia, tratándose de hijos menores de edad, constituye uno de los contenidos básicos e ineludibles de la patria potestad que, en consecuencia y conforme a lo prevenido en el artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1 , incumbe a los progenitores de aquél, en cuanto cotitulares de dicha función. De ahí que, en los supuestos de crisis de la unidad familiar sometida a regulación judicial, el artículo 93 del mismo texto legal disponga que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, precepto este que, en virtud de la plena equiparación de los hijos ante la Ley que recoge el antedicho artículo 39 C.E. EDL 1978/3879 , es igualmente aplicable a supuestos como el presente.

Y así lo asumen en el caso ambos litigantes, pues la controversia al efecto planteada gira en torno, no al reconocimiento por los tribunales del derecho de alimentos de los comunes descendientes, sino a la determinación cuantitativa de la aportación económica del progenitor no custodio, cuestión esta que debe ser examinada y decidida a la luz de la doctrina emanada de los artículos 93,145 y 146 del citado Código. Consagran los mismos criterios de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y los medios económicos del alimentante, con distribución de dicha carga, en el supuesto de ser dos o más los obligados, en proporción a su caudal respectivo.

En el curso del procedimiento ha quedado acreditado que la menor, al tiempo de sustanciarse la litis en la instancia, acudía a una guardería, lo que, incluido el servicio de comedor y horario ampliado, suponía un desembolso de 215,28 Eur. al mes (vid folio 224). Al momento presente, y según manifiesta D^a Elsa en el acto de la vista del recurso, la niña se encuentra escolarizada en un colegio concertado, con un coste global, incluidos servicio de comedor, de 250 Eur. al mes, acudiendo además a clases de inglés y patinaje. Han de ser ponderados igualmente, al fin debatido, los demás gastos, de difícil justificación puntual pero de elemental previsión, que puede generar una niña de la edad de Eva María en el entorno socio-económico en que la misma se desenvuelve, y ello tanto a nivel estrictamente individual (alimentación fuera del centro escolar, vestido, calzado, atención médico-farmacéutica, higiene, ocio, etcétera), como por su participación porcentual en los comunes del grupo familiar en que la misma ha quedado integrada. Destacan entre estos últimos los relativos al alquiler de la vivienda que ocupa en unión de su madre, por importe de 379,44 Eur. al mes, incluidos los gastos de comunidad, a los que han de agregarse los derivados de los diversos suministros del inmueble.

Doña Elsa manifiesta trabajar, como autónoma, en una empresa dedicada a la distribución y venta de salmón, percibiendo unas retribuciones netas de 829,92 Eur. al mes. Pero añade que es propietaria de una vivienda gravada con un préstamo hipotecario de 1.400 Eur. mensuales que abona, pero sólo en parte, con el canon que, por importe de 700 Eur., percibe por el alquiler de la misma. Ello nos hace concluir, por la vía del artículo 386 L.E.C. EDL 2000/77463 , que sus recursos económicos superan ampliamente los que la misma

expone a la consideración judicial, habida cuenta además del carácter familiar de la empresa en la que presta sus servicios, en la que, a mayor abundamiento, ostenta el cargo de administradora solidaria.

Por su parte el Sr. Amador es titular del 98% de las participaciones de una sociedad dedicada a la venta y alquiler de inmuebles, siendo además propietario de un estimable patrimonio por tal concepto. En el acto de la vista celebrado en la instancia, manifiesta ocupar una vivienda en régimen de alquiler, con una renta de 1.891,30 Eur., si bien ante la Sala expone que ha quedado extinguida dicha relación contractual y, en la actualidad y de modo temporal, reside en el domicilio de su madre.

No puede ignorarse, y así lo manifiesta igualmente dicho litigante ante el Tribunal, la profunda crisis por la que, en la actualidad y desde hace algunos años, atraviesa el sector inmobiliario, por lo que hemos de presumir que los recursos económicos de dicho litigante han experimentado una importante reducción.

Bajo tales condicionantes, consideramos que la cuantificación que del derecho debatido se realiza en la Sentencia de instancia no infringe, por defecto, los antedichos parámetros legales, armonizando por el contrario, y en un equilibrio siempre difícil, los diversos intereses, todos ellos legítimos, puestos en juego a través de la litis, lo que hace decaer la pretensión que, sobre incremento de la aportación alimenticia ordinaria, formulan la parte apelante y el Ministerio Fiscal, y ello sin perjuicio de agregar al pronunciamiento al respecto contenido en la resolución impugnada la obligación de pago por mitad entre ambos litigantes de los gastos extraordinarios generados por la menor, en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta Sentencia.

CUARTO.- Dado el sentido de esta resolución, a tenor de lo antedicho, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, en cumplimiento de lo que previene el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Vistos los preceptos citados y demás que general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por D^a Elsa contra la Sentencia dictada, en fecha 19 de noviembre de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia num. 3 de los de Alcobendas, en procedimiento de reclamación de paternidad seguido, bajo el num. 191/2007, entre dicha litigante y don Amador, debemos acordar y acordamos, supliendo la omisión al efecto padecida en dicha resolución, que los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor sean sufragados al 50% entre ambos progenitores, entendiendo por tales los derivados de largas enfermedades, intervenciones quirúrgicas, tratamientos dentales u ópticos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, u otros de entidad similar. Los demás gastos extraordinarios, de carácter no absolutamente necesario, precisarán, en orden a su exigencia ejecutiva, el consentimiento previo de ambos progenitores o, en su defecto, de autorización judicial.

Se confirman todos los demás pronunciamientos contenidos en la resolución impugnada y en especial, al ser objeto del recurso, el relativo al régimen de visitas, con las precisiones recogidas en el segundo de los fundamentos jurídicos de esta resolución.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso.

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, haciéndoles saber que contra la misma, y de concurrir los requisitos al efecto exigidos en los artículos 469 y 477, en relación con la disposición final 16^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , podrán interponer, mediante escrito de preparación presentado ante este mismo Tribunal en el término de cinco días hábiles, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Hijas Fernández; doy fe

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222011100150