

Resumen

Desestima la AP el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la resolución de instancia, que estimó la demanda y declaró la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo. Considera la Sala, entre otros motivos, y debiendo partir de que en el presente caso procede aplicar el derecho civil boliviano, determinado que la convivencia de los hijos comunes -menores de edad-, con los abuelos paternos es una situación de hecho que no debe perdurar, pues no responde a ninguna necesidad para el cuidado o educación de los niños, debiendo estar bajo la custodia de la madre en España, al ser quien ofrece mayores garantías de cuidado y atención, pues el padre no ha dado muestras de quererlos consigo. Procediendo a complementar la resolución en la única cuestión relativa a determinar cuales son los gastos extraordinarios.

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

FUENTES DEL DERECHO

DERECHO EXTRANJERO

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Condiciones de vida de los progenitores

Preferencia por la madre

Supuestos diversos

Pensiones alimenticias a los hijos

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

PERSONAS

FÍSICAS

Extranjeros

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento: Apelación, Divorcio

Legislación

Cita art.1.3, art.2, art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.9, art.12, art.107 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por Dª Verónica contra D. Carlos, CONSTITUYO la situación jurídica de DIVORCIO del matrimonio integrado por ambos, QUEDANDO DISUELTO el vínculo matrimonial que les unía y el régimen económico de gananciales si bien respetando las disposiciones sobre los bienes que ya fueron acordadas en el convenio firmado por ambas partes en fecha 25 de marzo de 2004. Se aprueban como MEDIDAS DEFINITIVAS que deberán regir las relaciones entre ambas partes hasta que, por un cambio sustancial de las circunstancias y previo el proceso adecuado sean sustituidas, las siguientes: 1º GUARDA Y CUSTODIA.-Los hijos menores Humberto y Isidoro quedarán bajo la guarda y custodia de su madre, Dª Verónica. RÉGIMEN DE

VISITAS.- El padre, D. Carlos, podrá tenerlos en su compañía los fines de semana alternos desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20.00 horas del domingo. En caso de no existir acuerdo entre ambas partes sobre la alternancia de los fines de semana, a la madre le corresponderán el segundo y la entrega y recogida de los menores se hará en el domicilio en el que los mismos convivan con la madre. En periodo de vacaciones el padre tendrá consigo a los hijos durante la mitad de los días que compongan el total de las vacaciones escolares de Navidad Semana Santa y la mitad de las vacaciones de verano (meses de julio y agosto). A falta de acuerdo entre las partes, la madre elegirá el período de vacaciones que haya de disfrutar con sus hijos en los años pares y, el padre, en los impares. El cónyuge al que corresponda elegir comunicará al otro su elección con un mes de antelación. En estos períodos regirá el régimen que se ha expuesto sobre horario y lugar de recogida y entrega puntual de los menores. Este régimen de visitas quedará en suspenso hasta tanto los menores convivan efectivamente con la madre en España. 2º USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR.- No ha lugar a realizar pronunciamiento alguno. 3º ALIMENTOS.- D. Carlos deberá pagar, en concepto de pensión alimenticia, un total de 360 euros al mes (8180 euros para cada hijo), cantidad que se actualizará anualmente en función del incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de estadística u organismo que lo sustituya. Dicha cantidad deberá de ingresarse en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que señale Dª Verónica. No ha lugar a establecer ningún tipo de pensión compensatoria."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 2010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN BAYO DELGADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no difieren de lo que sigue.

Primero.- La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido transcrita, es apelada por el demandado, rebelde en primera instancia, quien impugna todos los pronunciamientos salvo el de divorcio, pero que no solicita medida subsidiaria alguna para el caso de que no sea revocada la atribución de la custodia de los hijos menores a la madre. Ésta pide la confirmación de la sentencia y el Ministerio Fiscal no se ha pronunciado.

Segundo.- Como cuestión previa, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el derecho civil boliviano, alegado y probado en autos (artículos 9, 107 y 12 del Código Civil EDL 1889/1 estatal).

Tercero.- Ha quedado probado que la madre emigró a España sola y los hijos, hoy de 14 y 7 años) quedaron en Bolivia con el padre, según el acuerdo notarial de 25 de marzo de 2004. En él se preveía que, vuelta la madre a Bolivia, los menores volverían a vivir con ella. El padre emigró también tiempo después a España y reanudaron la convivencia, hasta la nueva ruptura, que aquí se regula. Los menores están con los abuelos paternos, pero la madre los pretende traer por reagrupación familiar. Tiene dos trabajos por los que percibe unos 290 y 515 euros al mes. El padre trabaja como paleta, sin que consten sus ingresos.

Cuarto.- A tenor del artículo 145 de la Ley Civil Boliviana, "El Juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. (...) Todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez señale. Por razones de moralidad, salud o educación puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos (...)."

La convivencia de los hijos comunes, menores de edad, con los abuelos paternos es una situación de hecho que no debe perdurar, pues no responde a ninguna necesidad para el cuidado o educación de los niños. Éstos deben, en vista de la legislación aplicable, estar bajo la custodia del padre o de la madre y deben poder relacionarse con el otro progenitor, cosa que ahora no sucede de forma regular dada la distancia. La venida a España es a priori, estando los padres aquí, beneficiosa para ellos. En tal tesitura, la madre ofrece esas mayores garantías de cuidado y atención, pues el padre no ha dado muestras de quererlos consigo. Por ello, la atribución de la custodia debe confirmarse.

Según el párrafo segundo del artículo 146 de la Ley Civil Boliviana establece que "no obstante (la custodia), el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fija el juez (...)". En su vista, el régimen de visitas acordado para el padre en la sentencia apelada recoge adecuadamente ese derecho y los intereses en presencia.

Quinto.- Además del reproducido artículo 145, la Ley Civil establece en su artículo 147 que "el padre y la madre están obligados a contribuir al mantenimiento y educación de los hijos en proporción a sus posibilidades y a las necesidades de éstos." La pensión fijada responde a esa proporcionalidad según lo probado y debe confirmarse. Sin embargo, la sentencia apelada omite la regulación de los gastos extraordinarios, que también deben ser incardinados en esa obligación alimenticia. La Sala debe integrar de oficio, al estar en juego los intereses de menores, el concepto y regulación de los gastos extraordinarios y su distinción de los extraescolares. Efectivamente, los gastos extraordinarios deben ser entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso. Solo los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

Sexto.- Esa necesidad de complementar la sentencia apelada, hace improcedente la condena en costas de la alzada, por aplicación analógica del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

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

FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos -parte demandada-, contra la Sentencia de fecha 13 de julio de 2009 del Juzgado de 1ª Instancia núm. UNO de VILANOVA I LA GELTRÚ, sobre divorcio, en el que ha sido parte apelada Dª Verónica y el MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, sin especial declaración sobre las costas de la alzada. No obstante, complementamos la sentencia apelada en el sentido de que los gastos extraordinarios deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requerirán acuerdo, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deberán costearse por mitad. Los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requerirán ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC. EDL 2000/77463 También cabe recurso extraordinario por infracción procesal acumulativamente (D.F.16ª, 1.3ª LEC EDL 2000/77463). El/los recursos debe/n ser preparado/s ante esta Sección en el plazo de cinco días.

Una vez que alcance firmeza esta sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

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

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370122010100280