

EDJ 2006/452532

AP Almería, sec. 3ª, S 29-11-2006, nº 200/2006, rec. 115/2006

Pte: Martínez Ruiz, Társila

Resumen

Con parcial estimación del recurso de apelación formulado por el padre, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia en el único sentido de suprimir la obligación del demandado de satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios de su hija, futuros y pasados, y en el sentido de fijar como fecha de inicio de devengo de la obligación de prestación de alimentos a favor de la menor desde la fecha de presentación de la demanda, ya que, respecto a lo primero, sobre esos gastos nada solicitó la parte demandante, de manera que la citada sentencia no puede conceder más de lo pedido por las partes, en virtud del principio de rogación, y ello, pese a la especial naturaleza de este tipo de procedimientos. Ratifica la Sala la concesión de la guarda y custodia de la hija común a la madre, ya que, si bien ambos están capacitados para ejercer esa guarda y custodia, pues no hay prueba de lo contrario, teniendo en cuenta la corta edad de la niña, dos años, que ésta ha permanecido con la madre desde que se produjo la ruptura de la convivencia y que desde entonces las relaciones del padre con su hija han sido prácticamente inexistentes, se entiende conveniente para la menor mantener la atribución de la guarda y custodia de la hija a favor de la madre, pues lo contrario podría influir negativamente en la estabilidad emocional de la menor, en cuyo interés ha de actuarse ante todo.

NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.39

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.93 , art.94 , art.110

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

PROCESO CIVIL

PRINCIPIOS PROCESALES

Rogación

UNIONES DE HECHO

MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

Alimentos

Guarda y custodia

Visitas

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Madre,Padre; Desfavorable a: Madre,Padre

Procedimiento:Apelación, Filiación

Legislación

Aplica art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.90, art.93, art.94, art.110 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.776.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.227, art.228, art.618.2, art.622 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.92, art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 5 julio 2001 (J2001/15047)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 18 mayo 1992 (J1992/4871)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 14 octubre 1991 (J1991/9698)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 20 febrero 1989 (J1989/1854)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Berja, en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 20 de enero de 2006 , en cuya parte dispositiva se establece: "Que, estimando íntegramente la presente demanda formulada por Dª Pilar , quien intervino representada por el Procurador Sr. Salmeron Morales y asistida por el Letrado Sr. Vargas Rodríguez, contra D. Cristobal , quien intervino representado por el Procurador Sr. Escudero Ríos y asistido por el Letrado Sr. Garcia Garcia, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debo acordar y acuerdo las siguientes medidas paterno filiales.-

1ª) La guarda y custodia de la hija menor Olga (n. 09/11/2004) continuara correspondiendo a su madre Dª Pilar , quedando compartida entre ambos progenitores la patria potestad.-

2ª) Se establece como regimen de visitas, a falta de acuerdo entre los progenitores entre el padre y la hija menor el siguiente:

Hasta los tres años de edad de la menor, el padre podrá visitarla y estar con ella en la localidad de residencia de la madre todos los sabados entre las 11:00 y las 13:00 horas, tiempo que empezara a contar desde el siguiente mes al de la fecha de la Sentencia.-

A partir de los tres años de edad de la menor, el padre podrá tener a su hija en su compañía los fines de semana de forma alterna, así como durante la mitad de los periodos de vacaciones escolares de Semana Santa, Verano y Navidad, de modo que el padre elegirá su periodo en los años impares y la madre en los años pares. En todo caso, el padre deberá recoger y reintegrar a la hija al domicilio familiar.-

Si cualquiera de los progenitores no hiciere cumplimiento exacto de dicho regimen de visitas (derecho y deber), podrá incurrir en responsabilidad criminal por una posible falta prevista y penada en los artículos 618.2 y 622 del Código Penal EDL 1995/16398 ; ello sin perjuicio de que el incumplimiento reiterado por parte del progenitor custodio pueda derivar en el titular de la guardia y custodia a través del procedimiento de ejecución civil correspondiente previsto en el artículo 776.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

3ª) Se establece la obligación del padre de abonar mensualmente, en concepto de pensión de alimentos a favor de la hija menor, la suma de cuatrocientos euros (400), que habra de entregar a la madre mediante ingreso por meses anticipados en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que la madre designe; debiéndose actualizar esa cantidad en la misma proporción que el IPC. Esta obligación surtirá efectos a fecha 01/05/2005. El padre deberá abonar, además la mitad del importe de los gastos extraordinarios por necesidades de la menor (escolares, médicos, etc). Además, el padre se compromete a abonar la mitad del importe de las facturas ya existentes por tales gastos extraordinarios.

Si el padre no hiciere cumplimiento exacto de abono de dicha pensión, durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, podrá incurrir en responsabilidad criminal por un posible delito de abandono de familia previsto y penado en los artículos 227 y 228 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.-"

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandada se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, mediante escrito en el que se solicitó se dicte nueva sentencia en los términos y por las razones expuestas en dicho escrito, en el cual, también, solicitó la práctica de prueba en esta alzada.

CUARTO.- El recurso deducido fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo al Ministerio Fiscal y a la parte apelada demandante, solicitando ésta la confirmación de la mencionada resolución.

QUINTO.- A continuación, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia y, no habiéndose admitido la práctica de la prueba solicitada para esta segunda instancia, ni habiéndose estimado necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el pasado 22 de noviembre de 2006.

SEXTO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dª TÁRSILA MARTÍNEZ RUIZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ante todo y con carácter general debe señalarse que de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (ss. 18/5/92 EDJ 1992/4871 , 11/12/92, 8/2/93, 5/7/01 EDJ 2001/15047 , entre muchas otras) las uniones de hecho, las uniones familiares o convivencia "more uxorio", "aún cuando no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes al matrimonio, pese a ello, se ha de acudir a la fuerza expansiva del Ordenamiento Jurídico a través de la analogía, de la aplicación analógica del Derecho, para dar respuesta a sus problemas, en suma brindarles protección, algo que también tiene su apoyo en la propia Jurisprudencia Constitucional, así Sentencias del TC. 45/89 EDJ 1989/1854 y 192/91 EDJ 1991/9698 , y algo que determina, sin lugar para la duda, que los artículos 92, 93, 94, 96 del Código Civil EDL 1889/1 , reguladores de las medidas judiciales acerca del cuidado, educación de los hijos, patria potestad, alimentos, régimen de visitas, sean aplicables en casos de ruptura de una unión familiar de hecho".

SEGUNDO.- Puntualizado lo anterior, son tres los motivos que esgrime el demandado recurrente frente a la sentencia de primera instancia, coincidiendo con las tres cuestiones que han constituido el debate en la presente litis: guarda y custodia de la hija de los litigantes, régimen de visitas y pensión alimenticia.

En orden a la guarda y custodia, la resolución combatida la atribuye a la madre demandante, insistiendo en ella el padre demandado.

Al respecto debe señalarse, con carácter general, que el tema de la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, o de parejas de hecho, debe resolverse atendiendo al principio del beneficio e interés de éstos, auténtica pauta de conducta contenida en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 -en cuyo preámbulo se señala que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle-, en el art. 39 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , y en el art. 110 del Código Civil EDL 1889/1 , interés del menor preponderante, que debe ser atendido aún más en aquellos supuestos en los que la convivencia con ambos progenitores no es posible por la ruptura de la misma. En definitiva, toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos menores de edad está informada en el criterio fundamental del relevante "favor filii", de tal manera que los acuerdos sobre su cuidado y educación habrán de ser tomados siempre en beneficio del menor, para lo cual el Juzgador deberá tener en cuenta todos aquellos medios de prueba que permitan, en lo posible, satisfacer aquél principio general, como circunstancias personales de los padres, del entorno social, económica y cultural que rodea al menor, y con mayor intensidad, la efectividad emocional del mismo, a fin de que la medida que se adopte sea lo más beneficiosa para él.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, no podemos dar la razón a la parte recurrente, que insiste, como hemos dicho, en esa guarda y custodia por la jornada laboral de la madre y la poca dedicación de ésta al cuidado de la hija. Pues bien, dejando al margen los mutuos reproches que ambos progenitores se efectúan, que no hacen sino reflejar la ausencia de la "affectio maritales" que ha conducido a la ruptura de la convivencia, lo cierto es que no se desprende de las actuaciones que uno de los progenitores esté mejor facultado que otro para ejercer la guarda y custodia de la hija menor y que ambos se disputan, ya que los dos trabajan, como ha quedado acreditado, por lo que el tiempo de dedicación a la niña sería similar, habiendo manifestado, por otro lado, la madre, que durante su media jornada laboral la menor acude a una guardería; y tampoco hay prueba alguna sobre los posibles malos tratos alegados por el demandado y que éste imputa a la demandante.

Ahora bien, pese a que ambos, insistimos, están capacitados para ejercer esa guarda y custodia, pues no hay prueba de lo contrario, teniendo en cuenta la corta edad de la niña (dos años), que ésta ha permanecido con la madre desde que se produjo la ruptura de la convivencia y que desde entonces las relaciones del padre con su hija han sido prácticamente inexistentes, entendemos conveniente para la menor mantener la actual situación, esto es, mantener la atribución de la guarda y custodia de la hija a favor de la madre, pues lo contrario podría influir negativamente en la estabilidad emocional de la menor, en cuyo interés ha de actuarse ante todo.

TERCERO.- En segundo lugar se combate el régimen de visitas fijado en la sentencia de primera instancia, por considerarlo excesivamente reducido.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1 , en relación con lo señalado en el artículo 90 del mismo texto legal, el derecho de visitas, comunicación y compañía del progenitor que no conviva con los hijos menores sólo puede limitarse o suprimirse si se dan graves circunstancias que así lo aconsejen o por incumplimiento grave o reiterado de los deberes que se impongan en la resolución judicial. Si ello no es así, y no se dan tales graves circunstancias, ha de establecerse un régimen en que se haga posible la máxima y adecuada relación paterno-filial y ello como mera aplicación del principio del favor filii" pues, en definitiva, a quien más ha de beneficiar ese contacto es al menor como factor determinante de un adecuado desarrollo personal y social.

El derecho de visita, supone no sólo la visita en el sentido literal de la palabra, sino además, y sobre todo, como no podía ser de otra forma, para ese desarrollo íntegro del menor, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la facultad de regular los períodos de desarrollo de ésta, frecuencia, lugar, modo y tiempo, no obstante lo cual, es imprescindible la colaboración de ambos progenitores, presidida por el principio de la buena fe.

El derecho de visita del progenitor con respecto a los hijos que no conviven 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. Esta naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Pues bien, tras estas consideraciones de carácter general, tampoco observamos motivos para modificar el régimen de visitas fijado por el Juez "a quo" a favor del recurrente, ya que a partir de los tres años de edad de la hija, el régimen establecido es el usual, no siendo en modo alguno restringido; y en cuanto a esos tres primeros años -la niña ya tiene dos años de edad- entendemos que está justificado el régimen señalado, tanto por la corta edad de la menor como por el hecho, ya apuntado, de que, desde el cese de la convivencia de los progenitores -contando la niña algo menos de un año-, la menor apenas se ha relacionado con el padre.

Por tanto, este motivo del recurso tampoco puede ser acogido.

CUARTO.- Por último y en tercer lugar se recurre la cuantía de la pensión alimenticia de 400€ mensuales fijada en la resolución apelada, sosteniendo el recurrente que el Juez de primera instancia ha partido de una situación económica del demandado que no es cierta.

El artículo 93 del CC EDL 1889/1 establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer alimentos a los hijos, y adoptará las medidas convenientes para asegurar su efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas de los hijos en cada caso y las posibilidades de los progenitores; debiendo tenerse en cuenta, asimismo, que la dedicación de uno de los padres al cuidado de sus hijos no puede ser considerada como causa que le exima de contribuir económicamente a su sustento, pero sí ha de valorarse, ponderando una reducción de su aportación y un aumento correlativo de la cantidad que haya de satisfacer el otro cónyuge; siendo esencial, como se ha dicho, examinar las posibilidades monetarias del obligado a abonar la correspondiente pensión por alimentos

En el presente caso son ciertamente escasos los datos sobre la situación económica de uno y otro litigante, contando al respecto sólo con sus propias manifestaciones. La demandante sostiene en su declaración en juicio que por su trabajo de media jornada percibe unos ingresos mensuales de unos 500€. Por su parte, el demandado indica que se dedica a la construcción de invernaderos, teniendo personas que trabajan para él, y que cuenta con unos ingresos diarios de unos 40 o 50€, si bien, añade en su recurso, esa trabajo no es continuado.

No obstante, no aporta documental alguna (declaración de renta, p.e.) de la que pueda deducirse sus ingresos anuales, ni tampoco la existencia de otras obligaciones dinerarias, de manera que esta ausencia de prueba a él debe perjudicar, al no acreditar debidamente que su situación económica es muy inferior a la calculada por el Juez de primera instancia.

En cuanto a la posible percepción de rentas por el alquiler de una vivienda, ciertamente se desconoce si en la actualidad sigue percibiendo esas rentas, pero la vivienda sí existe y podría ser alquilada, ya que no se ha acreditado lo contrario, reconociendo, eso sí, que la tenía alquilada antes del cese de la convivencia con la demandante, alquiler cuya realidad han afirmado los testigos propuestos.

Por todo ello, ante la ausencia de pruebas más clarificadoras sobre los ingresos reales del demandado -prueba que a él incumbía-, estimamos que la cantidad de 400€ fijada por el Juez de primera instancia es adecuada a la situación económica deducida de lo actuado y a las necesidades de la alimentante, no procediendo, por tanto, su modificación.

Sí tiene razón, en cambio, el recurrente en cuanto a la obligación de abono de la mitad de los gastos extraordinarios de la menor, tanto futuros como pasados, establecidos en la sentencia de primera instancia, ya que sobre esos gastos nada solicitó la parte demandante, de manera que la citada sentencia no puede conceder más de lo pedido por las partes, en virtud del principio de rogación, y ello, pese a la especial naturaleza de este tipo de procedimientos.

También tiene razón el apelante, en cuanto a la existencia de un posible error en el fallo de la sentencia recurrida, y es el relativo a la fecha de inicio de devengo de la mencionada pensión de alimentos. Como se establece en el fundamento de derecho tercero, último párrafo, de dicha sentencia, la obligación alimenticia surtirá efectos desde la fecha de presentación de la demanda, esto es, desde el 26 de julio de 2005, fecha que era la solicitada a estos efectos por la parte demandante. Sin embargo, indudablemente por un mero error que pudo ser corregido mediante una simple aclaración, en el fallo de la referida sentencia se establece la 1 de mayo de 2005. Aquella, y no ésta, es la fecha correcta.

QUINTO.- Por todo lo expuesto debe acogerse parcialmente la apelación deducida, revocando la sentencia recurrida en el sentido apuntado, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Que con PARCIAL ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 20 de enero de 2006 por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Berja en los autos sobre GUARDA Y CUSTODIA de los que deriva la presente alzada, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de suprimir la obligación del demandado de satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios de su hija, futuros y pasados, y en el sentido de fijar como fecha de inicio de devengo de la obligación de prestación de alimentos a favor de la menor el 26 de julio de 2005.

Se CONFIRMAN los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 04013370032006100489