

## EDJ 2011/200750

AP Valencia, sec. 10ª, S 20-7-2011, nº 567/2011, rec. 692/2011

Pte: Motta García-España, José Enrique de

### Resumen

*No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el ex esposo demandado, contra la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda de divorcio, y la AP confirma dicha resolución. No hay ninguna razón para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia del menor a la madre, dada la contundencia del informe emitido en la instancia, esto es, en beneficio del menor debe atribuirse la guarda y custodia a la madre demandante. No procede ampliar el régimen de visitas, toda vez ya es extenso el régimen señalado en la instancia. En cuanto a la pensión por alimentos se mantiene la misma, al ser adecuada, dada la edad y necesidades del hijo y medios del recurrente.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio art.92.5 , art.92.8 , art.92.9

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

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.92 , art.103 , art.146 , art.154 , art.159

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### JURISPRUDENCIA

##### DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Custodia de los hijos

Favor "filii"

Preferencia por la madre

Custodia compartida

##### Pensiones alimenticias a los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

Modificación

Supuestos en que no procede

##### Régimen de visitas

Favor "filii"

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

#### Legislación

Aplica art.92.5, art.92.8, art.92.9 de Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

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

Aplica art.92, art.103, art.146, art.154, art.159 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

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

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii", MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 12 febrero 1992 (J1992/1295)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que no procede, JURISPRUDENCIA - DEL TRIBUNAL SUPREMO STS Sala 1ª de 28 septiembre 1989 (J1989/8447)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Preferencia por la madre, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que no procede, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, JURISPRUDENCIA - DEL TRIBUNAL SUPREMO STS Sala 1ª de 18 mayo 1987 (J1987/3845)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que no procede, JURISPRUDENCIA - DEL TRIBUNAL SUPREMO STS Sala 1ª de 30 diciembre 1986 (J1986/8750)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que no procede, JURISPRUDENCIA - DEL TRIBUNAL SUPREMO 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 - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que no procede, JURISPRUDENCIA - DEL TRIBUNAL SUPREMO 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 del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 1 DE LLIRIA, en fecha 14-3-11, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue : "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora MONTALT DEL TORO, en nombre y representación de Marta, debo acordar y acuerdo: LA DISOLUCIÓN POR RAZÓN DE DIVORCIO DEL MATRIMONIO Marta y Vicente con todos los efectos y medidas inherentes y, especialmente, las siguientes medidas reguladoras; -Atribución de la guarda y custodia del hijo menor a la madre, siendo la patria potestad compartida.-Establecimiento del siguiente régimen de visitas a favor del padre no custodio;-Una tarde intersemanal (el miércoles en caso de discrepancia), desde las 17 en que podrá el padre recoger al menor del centro escolar, hasta las 20.00 horas en que será reintegrado al domicilio materno.-Fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que será reintegrado nuevamente al centro escolar.-Mitad de vacaciones escolares (por periodos quincenales), eligiendo, en caso de desacuerdo, el padre los años pares y la madre los impares. -Ambos padres deberán facilitarse mutuamente un teléfono móvil y otro fijo a fin de poder comunicarse con su hijo cuando el otro lo tenga en su compañía, limitándose las llamadas entre las 20.00 y 21.00 horas.-Establecimiento de una pensión de alimentos por importe de 300 Eur. mensuales más el 50 % de los gastos extraordinarios, que deberán ser ingresados en la cuenta bancaria que, a tal efecto, señale la madre, dentro de los 5 primeros días de cada mes, cantidad que se actualizará anualmente de acuerdo con el incremento del IPC. Dentro de los gastos extraordinarios se incluye expresamente el coste de la terapia psicológica a la que acude el menor.-No otorgar el uso y disfrute del domicilio conyugal a ninguno de los dos progenitores.-No se establece contribución a las cargas del matrimonio, sin perjuicio de las obligaciones crediticias asumidas por las partes, que se mantendrán según lo acordado con los acreedores.-No se establece pensión compensatoria.-No se acuerda cambio de colegio alguno.-No se hace condena en costas."

Con fecha 22-3-11 se dictó auto de aclaración, en el sentido de que en la sentencia existe un error de transcripción puesto que tanto en la fundamentación jurídica como en el fallo, al hablar de las visitas de fin de semana, se establecen todos los fines de semana, cuando evidentemente es tan solo los fines de semana alternos.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni instado por las partes el recibimiento del pleito a prueba.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Siendo varias las cuestiones planteadas a través del recurso procede su estudio por separado y así respecto de la custodia compartida que interesa el recurrente debe decirse que La Ley 15/2005, de 8 de julio EDL 2005/83414 , por la que se modifica el CC

y la LEC EDL 2000/77463 en materia de separación y divorcio, que aparece publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio, contiene novedades sustanciales, algunas de ellas controvertidas, en materia de Derecho de Familia, entre las que se encuentra la posibilidad de acordar la custodia compartida, bien los propios cónyuges en el convenio regulador de los efectos de su ruptura, lo cual no es una novedad en absoluto, bien el Juez al tener que resolver en caso de desacuerdo de los cónyuges siempre que sea solicitado por uno de éstos, lo cual tampoco constituye una novedad, pues en efecto ha debido resolver siempre que se le ha solicitado, otra cosa distinta es el contenido de su resolución, que en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere. En consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil EDL 1889/1 hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes.

En todo caso la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos. En este sentido, mientras el número 5 del art. 92 establece el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece el que aún sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1.- Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2.- Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, 3.- De la misma forma que cuando es solicitada por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (art. 92.9). Finalmente se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

SEGUNDO.- A la hora de decidir a cual de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, o la custodia compartida, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la s. TS. 9-3-89, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad", pronunciándose en el mismo sentido las ss. TS. 5-10-78, 11-10-91 y 12-2-92 EDJ 1992/1295, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante, "favor filie" (arts. 92, 103, 154, 159 CC EDL 1889/1) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas, "siempre en beneficio de los hijos", como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados.

Principio este, igualmente reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: La Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29-5-87 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que, "en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos..." y el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, basa su contenido en que, "la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños".

TERCERO.- Ahora bien en el ámbito de los procesos familiares habrá de ser el juez por imperativo legal, y en cuanto a los criterios a seguir, habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importante, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.

A la vista de la anterior doctrina no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia del menor a la madre, dada la contundencia del informe emitido en la instancia, no desvirtuado en esta alzada que aconseja, en beneficio exclusivo de dicho menor, que la guarda sea atribuida a la madre, debiendo por ello mantener la sentencia de instancia en este punto.

CUARTO.- En cuanto a la ampliación del régimen de visitas debe recordarse que el derecho de visitas del progenitor no custodio constituye 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, habida cuenta el ya de por sí extenso régimen señalado en la instancia no estima la Sala adecuada la ampliación solicitada por el recurrente, debiendo mantenerse el señalado por el Sr. Juez.

QUINTO.- Respecto del cambio de colegio no se acierta fácilmente a entender dicha petición habida cuenta que ese es el colegio al que va el menor, el cual, además, fue elegido por ambos progenitores por entender que era el más adecuado al mismo, por lo que, en orden a la propia estabilidad del menor, debe mantenerse el mismo centro educativo al que va y en el que está integrado.

SEXTO.- En cuanto a la pensión alimenticia debe decirse 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 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, tomando en consideración las necesidades del hijo, dada su edad, estima la Sala adecuada la suma señalada en la sentencia de instancia.

SEPTIMO.- Respecto a los gastos extraordinarios debe decirse 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

El problema que, además, se plantea con estos gastos extraordinarios es que, muchas veces, una de las partes quiere que se especifiquen ya en la sentencia cuáles tienen el concepto de gastos extraordinarios y cuáles no; es decir, pretenden una relación exhaustiva en la propia sentencia, cuestión esta que de forma reiterada es rechazada por los Tribunales dado que los gastos extraordinarios son un concepto jurídico indeterminado, que no permite determinarlos totalmente a priori, y, en general, sólo pueden concretarse cuando sucede el evento, por lo que no procede hacer una lista de los mismos en la sentencia y sí solo establecer la proporción en que deben contribuir los progenitores, e, incluso, como en el caso de autos, se pretende que determinados gastos - los necesarios - no sea necesario previo acuerdo, y sí tan sólo de los no necesarios, lo que tampoco es posible, habida cuenta que siempre se discutiría si tenían o no tal consideración o si por el contrario eran de los no necesarios.

Algunos Tribunales han rechazado el pago del gasto extraordinario razonando que como no había habido previa conformidad ni se había acudido a la autoridad judicial para que ésta manifestase la necesidad o no de tal gasto, y el mismo se había decidido de forma, por tanto, unilateral, debía el progenitor que había tomado esa decisión hacer frente a dicho gasto. Es evidente que no se puede "castigar" de esa manera al progenitor custodio, pues ni siquiera se cuestiona la necesidad ni la conveniencia ni la naturaleza del gasto, sólo se toma en cuenta, para su rechazo, la falta de acuerdo previo o el haber acudido a la Justicia.

Afortunadamente, otros Tribunales lejos de limitarse a exigir dicho acuerdo -imposible la mayoría de los casos - examinan la conveniencia, la necesidad de dicho gasto argumentando que puesto que se trata, propiamente de alimentos, no existe norma legal alguna que exija el previo consentimiento, al igual que los alimentos, por lo que son exigibles, caso de haberse realizado, tales gastos siempre que los mismos fueren necesarios o convenientes.

Y eso es lo que esta Sala, al igual que la mayoría de las audiencias, entiende debe hacerse respecto de los gastos extraordinarios, por lo que no se puede acoger lo interesado por la recurrente, toda vez que de aceptarse ello, equivaldría a que difícilmente pudiese llegarse a un acuerdo acerca de los mismos, cuando, además, la urgencia de tales gastos en determinados casos hace de todo punto inviable poder acudir al Juez para que determine la procedencia o no de los mismos.

OCTAVO.- Finalmente en cuanto al uso de la casa de Cabanilles debe recordarse que no se trata de la vivienda conyugal ni tampoco de una vivienda ganancial, y si bien es verdad que en determinadas ocasiones esta Sala sí ha dispuesto acerca de la atribución del uso de una vivienda distinta a la conyugal. Ello siempre ha sido respecto de viviendas gananciales, y como quiera que en el caso de autos no lo es, estima la Sala no debe atribuirse su uso al esposo, manteniendo lo dispuesto en la instancia.

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 del Rey

Ha decidido:

Declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Vicente, 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370102011100545