

Resumen

Revoca la AP el pronunciamiento parcialmente estimatorio de la instancia, al estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la esposa, y acuerda condenar al demandado a pagar una tercera parte de los gastos extraordinarios devengados por los menores de edad. Considera la Sala, entre otras cuestiones, que debe ser acogida la pretensión de la apelante, en relación a los gastos extraordinarios devengados por los hijos de los ahora litigantes, procurando que los cónyuges soporten sus efectos de una manera equivalente, de manera que la contribución a las cargas familiares comunes habrá de estar en proporción a sus respectivas capacidades económicas.

NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.39.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.94 , art.103 , art.154

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	13

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

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"

Limitaciones

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.39.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.90, art.94, art.103, art.154 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RD 2128/2008 de 26 diciembre 2008

Cita RD 1763/2007 de 28 diciembre 2007. Salario mínimo interprofesional para 2008

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

Cita art.39.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

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 - Régimen de visitas - Limitaciones STS Sala 1ª de 24 abril 2000 (J2000/6205)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 2 febrero 1999 (J1999/939)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 10 febrero 1999 (J1999/839)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 21 julio 1993 (J1993/7469)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 19 octubre 1992 (J1992/10191)

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 - Régimen de visitas - Limitaciones STS Sala 1ª de 12 febrero 1992 (J1992/1295)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 5 octubre 1987 (J1987/6991)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 28 febrero 1984 (J1984/7056)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero:

Con fecha diecisiete de abril del dos mil ocho, se dictó sentencia número 106 del 2008, en Proceso de Divorcio número 385 del 2006, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Huelva.

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo:

«... debiendo estimar y estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Borrero Canelo, en nombre y representación de Da. Graciela, frente a D. Eloy, debo decretar y decreto la disolución del matrimonio existente entre ambos por divorcio, estableciendo a su vez las siguientes medidas con carácter definitivo:

- 1) Autorizar a los cónyuges para que vivan separados.
- 2) Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Los menores Octavio y Tomás quedarán bajo la guarda y custodia de Da. Graciela .

Se atribuye el uso de la vivienda familiar a Da. Graciela, a quien también se atribuye el uso y administración del ajuar doméstico, previa retirada de los enseres de carácter personal que de D. Eloy allí se hallen.

Fijar la contribución de D. Eloy como pensión alimenticia de los menores Octavio y Tomás en 250 euros mensuales, cantidad esta que se actualizará anual y automáticamente a efectos de la mensualidad de enero de cada anualidad conforme al índice de precios al consumo o índice oficial que lo sustituyere, y que será abonada por meses anticipados a Da. Graciela los cinco primeros días del mes en la cuenta de la entidad bancaria que ésta designe.

Se establece un régimen de visitas a favor de D. Eloy en relación con los menores Octavio y Tomás en los siguientes términos:

Entre semana.- El padre tendrá en su compañía a los menores durante las tardes de los martes desde las 18 horas hasta las 20 horas y la de los jueves de 17 a 20 horas. La recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva, sin perjuicio de que, de alcanzarse la normalización de las relaciones entre las partes, se pueda llegar a prescindir de este sistema de recogida y entrega.

Fines de semana.- El padre tendrá en su compañía a los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva.

Vacaciones de Navidad.- Los menores pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con el padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período el día siguiente a que finalicen las clases a las 17 horas y finalizando el día 31 de diciembre a las 17 horas. El segundo período comenzará el día 31 de diciembre a las 17 horas y finalizará el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases a las 17 horas. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva. Para el supuesto que el día 31 de diciembre coincidiera en lunes" (día en el que permanecen cerradas las instalaciones del SAVA), la entrega de los menores tendrá lugar el día anterior, domingo, a las 20 horas. Los progenitores se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo al padre el primer período en los años impares y a la madre en los años pares.

Vacaciones de Semana Santa.- Los menores pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa con el padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período el día siguiente a que finalicen las clases a las 17 horas y finalizando el mismo a las 17 horas del día que constituya la mitad del período vacacional. El segundo período comenzará a las 17 horas del día que constituya la mitad del período vacacional y finalizará el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases a las 17 horas. Los progenitores se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo al padre el primer período en los años impares y a la madre en los años pares. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva.

Vacaciones de verano.- Los menores pasarán con el padre un mes de vacaciones al año, julio o Agosto, y el otro con la madre. Cada año elegirá uno de los progenitores el mes que desee (el padre los años impares y la madre los años pares), debiendo comunicar dicha decisión al Juzgado mediante escrito dirigido al mismo con anterioridad al día 1 de junio de cada año. En caso contrario, y de no verificarse la presentación del escrito eligiendo el periodo correspondiente, la elección corresponderá al otro progenitor. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva. Las mismo tendrá lugar a las 17 horas del día 1 y 31 del mes elegido, a salvo de que cualquiera de dichos días coincidiera en lunes, en cuyo caso la entrega y recogida tendrán lugar un día antes a la misma hora.

El padre podrá mantener comunicación telefónica con los menores, respetando en todo caso los horarios de descanso de los menores.

En caso de imposibilidad de dar cumplimiento al régimen de visitas establecido, dicha circunstancia se comunicará por escrito al Juzgado, acreditando debidamente esta circunstancia, con la antelación suficiente para poder dar traslado a la otra parte y con un mínimo de cinco días hábiles. En el caso que la premura o urgencia del supuesto lo requiera o no pudiera darse cumplimiento al plazo antes reseñado, la misma se efectuará mediante los técnicos del punto de encuentro del SAVA, sin perjuicio de justificar documentalmente de forma suficiente el motivo que impidió el cumplimiento del régimen de visitas el Juzgado en los cinco días siguientes al día correspondiente a la visita que no hubiese podido tener lugar.

Durante los periodos vacacionales (indiferentemente si este es el de verano, Navidad o Semana Santa) el régimen de visitas del progenitor no custodio quedará en suspenso en el momento en que resulte incompatible su cumplimiento con el de las vacaciones acordadas en Sentencia, de forma que, una vez suspendido en el estado que se hallaba en la última visita realizada antes del periodo vacacional, se reanudará en la siguiente una vez transcurrido el referido período.

Todo ello sin imposición de costa a ninguna de las partes. Hágase saber a las partes que las medidas adoptadas en la presente sustituyen a las ya adoptadas con anterioridad en previas resoluciones judiciales, sin que la posible interposición de recursos frente a la presente suspendan la eficacia de las medidas acordadas en ésta (artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , párrafos cuarto y quinto).

Llévese testimonio de la presente el proceso 376 de los de 2005 a los efectos oportunos. ...»

Segundo:

Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la Procuradora de los Tribunales D^a Rosa Burrero Canelo, en nombre y representación de Graciela .

Tercero:

Se dio traslado a las demás partes personadas, a fin de que pudieran formular sus alegaciones. Remitidas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista; quedando pendiente el procedimiento de resolución en esta segunda instancia.

Deliberado y votado el recurso, se retrasó la redacción material de esta sentencia como consecuencia de la baja del Ilustrísimo Señor Magistrado Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero:

En el fallo recurrido, el juzgador en primera instancia fijó la contribución de Eloy como pensión alimenticia de los menores Octavio y Tomás en 250 euros mensuales, cantidad que se actualizaría anual y automáticamente a efectos de la mensualidad de enero de cada anualidad conforme al índice de precios al consumo o índice oficial que lo sustituyere, y que será abonada por meses anticipados a. Graciela los cinco primeros días del mes en la cuenta de la entidad bancaria que ésta designe.

Estableció además el siguiente régimen de visitas a favor de Eloy en relación con los menores Octavio y Tomás

Entre semana.- El padre tendrá en su compañía a los menores durante las tardes de los martes desde las 18 horas hasta las 20 horas y la de los jueves de 17 a 20 horas. La recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva, sin perjuicio de que, de alcanzarse la normalización de las relaciones entre las partes, se pueda llegar a prescindir de este sistema de recogida y entrega.

Fines de semana.- El padre tendrá en su compañía a los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva.

Vacaciones de Navidad.- Los menores pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con el padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período el día siguiente a que finalicen las clases a las 17 horas y finalizando el día 31 de diciembre a las 17 horas. El segundo período comenzará el día 31 de diciembre a las 17 horas y finalizará el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases a las 17 horas. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva. Para el supuesto que el día 31 de diciembre coincidiera en lunes" (día en el que permanecen cerradas las instalaciones del SAVA), la entrega de los menores tendrá lugar el día anterior, domingo, a las 20 horas. Los progenitores se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo al padre el primer período en los años impares y a la madre en los años pares.

Vacaciones de Semana Santa.- Los menores pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa con el padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período el día siguiente a que finalicen las clases a las 17 horas y finalizando el mismo a las 17 horas del día que constituya la mitad del período vacacional. El segundo período comenzará a las 17 horas del día que constituya la mitad del período vacacional y finalizará el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases a las 17 horas. Los progenitores se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo al padre el primer período en los años impares y a la madre en los años pares. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva.

Vacaciones de verano.- Los menores pasarán con el padre un mes de vacaciones al año, julio o Agosto, y el otro con la madre. Cada año elegirá uno de los progenitores el mes que desee (el padre los años impares y la madre los años pares), debiendo comunicar dicha decisión al Juzgado mediante escrito dirigido al mismo con anterioridad al día 1 de junio de cada año. En caso contrario, y de no verificarse la presentación del escrito eligiendo el periodo correspondiente, la elección corresponderá al otro progenitor. Igualmente la recogida y entrega será en el punto de encuentro del SAVA de Huelva. Las mismo tendrá lugar a las 17 horas del día 1 y 31 del mes elegido, a salvo de que cualquiera de dichos días coincidiera en lunes, en cuyo caso la entrega y recogida tendrán lugar un día antes a la misma hora.

El padre podrá mantener comunicación telefónica con los menores, respetando en todo caso los horarios de descanso de los menores.

En caso de imposibilidad de dar cumplimiento al régimen de visitas establecido, dicha circunstancia se comunicará por escrito al Juzgado, acreditando debidamente esta circunstancia, con la antelación suficiente para poder dar traslado a la otra parte y con un mínimo de cinco días hábiles. En el caso que la premura o urgencia del supuesto lo requiera o no pudiera darse cumplimiento al plazo antes reseñado, la misma se efectuará mediante los técnicos del punto de encuentro del SAVA, sin perjuicio de justificar documentalmente de forma suficiente el motivo que impidió el cumplimiento del régimen de visitas el Juzgado en los cinco días siguientes al día correspondiente a la visita que no hubiese podido tener lugar. Durante los periodos vacacionales (indiferentemente si este es el de verano, Navidad o Semana Santa) el régimen de visitas del progenitor no custodio quedará en suspenso en el momento en que resulte incompatible su cumplimiento con el de las vacaciones acordadas en Sentencia, de forma que, una vez suspendido en el estado que se hallaba en la última visita realizada antes del periodo vacacional, se reanudará en la siguiente una vez transcurrido el referido período.

La parte recurrente pretende que se fije una pensión alimenticia de quinientos euros mensuales, contribuyendo los cónyuges por mitad a sufragar los gastos extraordinarios; y que el padre pueda visitar dos tardes por semana (los martes, entre las dieciocho y las veinte horas; y los viernes, entre las diecisiete y las veinte horas) a sus hijos menores Octavio y Tomás en el Punto de Encuentro.

Segundo:

De la prueba practicada infiere el juzgador en primera instancia que la demandante, Graciela, es una mujer de cuarenta y siete años de edad, que trabaja en la actualidad como A.T.S. o enfermera en el Hospital Infanta Elena de Huelva, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud. Percibe por este trabajo unas retribuciones líquidas que ascienden -aproximadamente (a la vista de las tres últimas nóminas)- unos 1.750 euros mensuales, una vez efectuados los oportunos descuentos de I.R.P.F. y cotizaciones a Seguridad Social. Reside en compañía de los dos hijos menores del matrimonio, Octavio y Tomás, de siete y cinco años de edad respectivamente. Los menores se hallan escolarizados en el Colegio Montessori de Huelva, siendo su horario de 9 a 13,30 horas, de lunes a jueves, y de 9 a 13 horas los viernes, así como las tardes de lunes y martes de 15,30 a 17 horas.

El demandado, Eloy, es un varón de cuarenta y cinco años de edad, que afirma residir en Huelva, en casa de su madre, pasando temporadas en la localidad de San Juan del Puerto, como demuestra el hecho que los menores acudan a esta localidad durante el régimen de visitas.

Hay buenos motivos para tener como muy probable que haya iniciado una nueva relación de pareja.

En la actualidad trabaja como tramitador procesal interino en un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Palma del Condado, percibiendo por su trabajo un importe líquido de unos 1.030 euros mensuales, una vez efectuados los oportunos descuentos de I.R.P.F. y cotizaciones a Seguridad Social, así como una retención judicial acordada sobre su nómina, que asciende a unos 200 euros.

Ciertamente, la documentación acreditativa de ingresos presentada por la Defensa de la parte demandada peca de escasa, aunque, por reflejar las percepciones de las dos mensualidades inmediatamente anteriores a la fecha de la vista principal del juicio, resulten muy significativas de las percepciones promedias de Eloy .

No existe prueba alguna que permita inferir que las cantidades registradas no se correspondan con las percibidas normalmente por el trabajador.

Dado el régimen retributivo de los funcionarios públicos, la circunstancia de que el presentante se encontrara en situación de baja transitoria por enfermedad no significa una reducción relevante de la suma devengada líquida a percibir.

Examinadas las partidas de las liquidaciones, se advierte que no se incluye entre ellas -como alega incomprensiblemente la Defensa de la actora- una complementaria por gastos de desplazamiento que, por lo demás, resultaría escasamente comprensible ya que nada obliga al funcionario a residir en un lugar distante del punto en que presta sus servicios.

Conceptos

Edad

Salario mensual líquido (en euros)

Deducciones mensuales

Ingresos líquidos mensuales disponibles

Vivienda

Prestaciones complementarias

Eloy

45

1.030,-

200,-

830,-

Casa paterna y vivienda en San Juan del Puerto

Graciela

47

1.750,-

-

1.750,-

Uso de la familiar

Cuidado de los menores

Las reglas (convencionales o judiciales) de contribución de los progenitores a la satisfacción de las necesidades de sus hijos menores de edad se fijan «rebus sic stantibus» atendiendo a los parámetros vigentes al tiempo de adoptarlas, sin perjuicio de su posterior modificación para acomodarlas a las variaciones que experimenten aquéllos. Claramente lo establece así el penúltimo párrafo del artículo 90 del Código Civil EDL 1889/1 español: «... Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. ...».

Por tanto, de momento, habrá que tener en cuenta la retención -antes aludida- de doscientos euros mensuales sobre el sueldo líquido de Eloy como cantidad a deducir de los ingresos del padre a efectos de determinar la parte de los gastos de atención a sus hijos menores de edad que él ha de soportar. Una vez extinguida su deuda, cabrá reajustar el reparto actual si así lo pretende la madre.

Si se deducen de los ingresos líquidos disponibles del padre los doscientos cincuenta euros fijados en la sentencia apelada, los ingresos mensuales remanentes a disposición de aquél quedarían reducidos a 580,- euros mensuales.

El Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales EDL 2007/222604, fijó en 600,- euros el salario mínimo interprofesional mensual para el año 2008. El Real Decreto 2128/2008, de 26 de diciembre EDL 2008/233253, lo fijó en 624 euros mensuales para el año 2009.

Los 580,- euros mensuales disponibles en definitiva por el demandado están por debajo del salario mínimo interprofesional.

Al regular, el artículo 607 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, el embargo de sueldos y pensiones, declara inembargable, en su apartado 1, «... el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. ...».

Ello es coherente con la idea rectora con arreglo a la cual el artículo 606.1º de esa Ley declara inembargables «... (el) mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo ... (y, en general,) aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia. ...».

Ciertamente, el artículo 608, siempre de la Ley Procesal Civil EDL 2000/77463, dispone que «... (lo) dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos ...»; añadiendo que «... (en) estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada. ...», pero ello no exceptúa aquel principio básico que excluye del embargo el mínimo imprescindible para poder llevar una vida digna.

Por debajo de este mínimo, se produciría una colisión entre el derecho del deudor de asistencia a la vida, a la salud y a unas condiciones de vida concordes con su dignidad como persona, con el deber cualificado de solidaridad con las personas que forman parte del círculo familiar más próximo y, más aún, con aquellas que el obligado a su asistencia ha traído a este mundo asumiendo consecuentemente respecto de ellas una posición especial de garante que le impone la Ley y que legitima la imposición de sacrificios también especiales.

Aun en este caso, no se pueden rebasar ciertos umbrales de necesidad a partir de los cuales dejaría de regir el principio del mínimo ético que orienta todo el sistema jurídico, y el sacrificio exorbitante sería injusto por desproporcionado y, además, escasamente útil, porque (y en esto coincidiría la perspectiva del análisis económico del Derecho) constituiría una provocación al abandono de cualquier actividad productiva que supusiera un esfuerzo carente de compensación al expropiar, al trabajador, de sus rendimientos patrimoniales.

En cambio, la hoy apelante dispondría, sumados su salario mensual y la pensión alimenticia, de un total de dos mil euros.

Examinando el movimiento de la cuenta corriente abierta, con el número NUM000 en bankinter, se comprueba que se cargan periódicamente 201,70 y 370,13 euros en concepto de liquidación de cuota de préstamo. Se desconoce el origen y finalidad de lo que parecen dos deudas diferenciadas. En todo caso, descontadas esas cantidades, la suma de percepciones mensuales de la actora y de la cantidad dispuesta judicialmente en concepto de pensión alimenticia en interés de los hijos menores, restaría mil cuatrocientos euros.

En estas condiciones, a primera vista, la estimación de la apelación supondría un sacrificio marginal adicional ponderado para el demandado realmente desproporcionado a la utilidad marginal adicional del incremento interesado.

Conviene retener que la situación posterior a una separación o a un divorcio obliga a replantear el estado económico anterior a ellas porque la ruptura de la convivencia significa el desdoblamiento de la primitiva unidad familiar y, con él, la duplicidad de gastos manteniéndose habitualmente los mismos ingresos. Ello lleva consigo inexorablemente que los integrantes de la familia hayan de realizar algún sacrificio para acomodarse a la nueva situación. Habiendo hijos menores de edad, la carga gravará ante todo a los progenitores, a quienes se puede exigir que reduzcan el tenor de vida que llevaban hasta entonces; pero puede que - aunque en menor medida- también aquellos hayan de sufrir las consecuencias de la crisis conyugal. Constituirían parte del conjunto de infortunios ordinarios de la vida que inevitablemente habrán de aquejarles a lo largo de la suya.

El análisis de los preceptos que regulan el régimen económico de la separación matrimonial o del divorcio revela que se ha procurado que los cónyuges soporten sus efectos de una manera equivalente. La contribución a las cargas familiares comunes restantes habrá de estar en proporción a sus respectivas capacidades económicas y si uno de ellos resulta perjudicado en relación con el otro, se impone a éste el deber de equilibrar la situación mediante el pago de una pensión compensatoria.

Mensualmente (por supuesto, durante los ocho meses del período lectivo), los dos hijos menores devengan, en concepto de gastos escolares fijos, 335,- euros. En total, 3.444,30 euros por año. En ellos se incluyen los correspondientes al comedor escolar. Los 3.000,- euros de las doce mensualidades por alimentos que satisface el padre apenas llegan, ciertamente, a cubrir esta partida. Sin embargo, en todo caso, el remanente en descubierto supondría (prorratedo entre todo el año) treinta y siete euros mensuales. La madre tendría que hacerse cargo pues, por lo que se refiere a los hijos menores, de los gastos de manutención no proporcionados por el centro escolar o por el propio padre durante los tiempos que los tenga en su compañía, y otros menudos ordinarios.

Aun cuando los niños tengan, actualmente, en las sociedades desarrolladas como es la española y en el tramo inferior de la clase media a la que pertenecen económicamente los hoy litigantes, un nivel de vida más costoso que en otras épocas, resulta difícil afirmar que, con los mil cuatrocientos euros mensuales líquidos con que cuenta la actora, no es capaz de hacer frente a los gastos domésticos generales y a los suyos propios, partiendo del mismo grado de sacrificio personal que exige al otro progenitor.

Sí parece, en cambio, que el demandado deba contribuir a pagar los gastos extraordinarios aunque no en su cincuenta por ciento sino en una tercera parte. Nuevamente, se entiende que, dados los exiguos ingresos disponibles restantes, tras satisfacer la pensión alimenticia ordinaria, el sacrificio marginal ponderado que representan nuevas detracciones es mayor en el caso del padre que en el de la madre.

En la sentencia recurrida se argumenta de este modo la decisión adoptada, tras unas consideraciones generales, explica las razones específicas de la decisión en cuanto a este extremo:

«... Teniendo en cuenta lo reflejado en el segundo de los fundamentos de la presente resolución, ha de entenderse que la situación económica de las partes es en el momento de dictar la presente resolución desigual, pues la progenitora custodia posee un superior nivel de ingresos que el no custodia. Tampoco ha de obviarse la declaración que expresamente efectúa el artículo 103 del Código Civil EDL 1889/1 cuando asevera que se considerará contribución a cargas del matrimonio el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad, es decir, que la contribución económica de la progenitora custodia no puede ser equivalente o mimética al del progenitor no custodia o al menos evaluarse en la misma proporción, porque la contribución de la misma a los menores es superior con la dedicación y atención diaria que les presta.

Sea como fuere, la cantidad que solicita la parte actora resulta excesiva para el poder adquisitivo del demandado, ya que, sin dudar de las ingentes necesidades que los dos menores tiene a esta edad, la cantidad de 500 euros propuesta corresponde a un nivel de ingresos notablemente superior conforme a las tablas orientativas estadísticas utilizadas comúnmente por los Juzgados especializados en derecho de familia (aun en el caso de que la madre no obtuviera ingresos, que no es el caso, esta pensión correspondería a un nivel de ingresos de unos 1.700 euros según la tabla estadística de Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en el año 1998; siendo que por la aplicación de la tabla del Estado de California en su adaptación al sistema español -verdadero paradigma de pauta para establecer pensiones publicada en la Revista de Derecho Familia- el progenitor no custodia debería cobrar unos 1.800 euros para fijar esta pensión teniendo en cuenta los actuales ingresos de la progenitora custodia). No puede obviarse que el demandado reside a varias decenas de kilómetros de su lugar de trabajo, que debe costear su transporte al mismo, que debe abonar los gastos corrientes de una casa y que además soporta un gran número de deudas. Tal pensión pudiera comprometer la propia subsistencia del mismo, revelándose, conforme a las pautas establecidas con anterioridad (tabla estadística de la Audiencia Provincial de Madrid y la adaptación española de la tabla de California) y conforme a una ponderación de todos los elementos en juego obrantes en actuaciones que procede fijar una pensión de 250 euros mensuales, cantidad esta prácticamente igual a la establecida en Sentencia de julio de 2005 tras actualizar la pensión conforme a IPC (en la actualidad ascendente a 244,64 euros), que es la propuesta por el Ministerio Fiscal, y muy cercana a la de la pauta estadística tan comentada (según la adaptación española de la pauta, unos 240 euros). ...».

La Defensa de la apelante se opone a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y se esfuerza por refutar su motivación.

El juzgador en primera instancia -explica- «... se limita a señalar que percibe por rendimientos de trabajo una cantidad aproximada de 1.750 euros, sin hacer referencia alguna al nivel de gastos que tiene la misma, y ello a pesar de las pruebas aportadas por esta parte en el acto de la vista, sobre dichos gastos. En concreto, y respecto al mes de febrero que resulta ser el último mes completo que consta en el certificado de movimiento de la cuenta, emitido por la entidad Bankinter, el importe de los gastos asciende a 1.709,72 euros, lo que evidencia la imposibilidad económica de mi representada para, simplemente, atender las necesidades diarias y cotidianas.

El Juzgador en la sentencia, no realiza referencia alguna sobre el nivel de gastos de mi representada, a pesar de lo aportado, limitándose simplemente a señalar en el fundamento quinto, que "posee un superior nivel de ingresos que el no custodia". ...»

La Defensa de Graciela alega: «... Respecto al Sr. Eloy, en la sentencia se refiere que "reside en Huelva, en casa de su madre", cuestión que esta parte pone en duda, puesto que el demandado tiene nueva pareja que vive en la localidad de San Juan del Puerto, y reconoció que los menores pasan los fines de semana en dicha localidad, por lo que el hecho de que figure inscrito en el domicilio materno en Huelva, realmente no significa que viva en dicho domicilio, como lo demuestra el hecho de que para poder ser notificado de la demanda de divorcio, hicieron falta numerosos intentos en dicho domicilio, hasta que finalmente fue notificado. Si realmente viviera en dicho domicilio, y a pesar de trabajar por las mañanas, no hubiera habido ningún problema en recoger el aviso que el Servicio Común de Notificaciones y Embargos deja, en el supuesto de no encontrar a nadie, y recoger la documentación en dicho servicio, considerando además que es perfectamente conocedor de la tramitación judicial, al trabajar como tramitador procesal en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Palma del Condado.

Igualmente, y respecto a los gastos del demandado, en el fundamento quinto de la sentencia refiere el Juzgador que "debe abonar los gastos corrientes de una casa", dando por válido el importe de 450 euros señalados por el demandado en la contestación a la demanda.

Pues bien, en dicho sentido, debo manifestar que de la propia documentación aportada por el demandado se desprende que sólo se abona, a través de una entidad bancaria en la localidad de San Juan del Puerto, el recibo del gas, y que los importes son de 8'36 euros, 14'95 euros, 11'65 euros, desconociendo esta parte si efectivamente esos recibos corresponden a la vivienda de Huelva, puesto que

no son aportados documentalmente, como tampoco se aportan documentos que acrediten de forma indiciaría al menos, que abona los recibos de luz, comunidad, agua y demás gastos de la vivienda de Huelva, sin que la contestación efectuada por el Sr. Eloy de que dichos recibos constan a nombre de su madre y que por ello no son aportados, resulte convincente tanto en el sentido de que son abonados por él, como de que realmente el importe ascienda a la cantidad señalada en la contestación.

Además, se refiere en la sentencia que actualmente cobra el demandado un importe líquido de 1.030 euros, y ello por las nóminas aportadas en el acto de la vista por el demandado. Pues bien, en contra de lo efectuado por esta parte, el demandado no aporta ninguna declaración de renta que realmente acredite su capacidad económica, puesto que junto con la contestación a la demanda, aporta algunas nóminas, y no consecutivas, y en el acto de la vista aporta las correspondientes a los meses de febrero y marzo, donde se aprecia que estuvo de baja laboral, ya que los conceptos que constan en dichas nóminas son "prestación por IT, e incluso fue preguntado por ello por el Ministerio Fiscal, reconociendo que efectivamente había estado de baja, por lo que con los debidos respetos, esta parte entiende que los datos económicos aportados por el demandado, no son demostrativos de su verdadera capacidad económica, y ello ha influido en el importe de la pensión de alimentos que se fija en sentencia.

Esta parte incluso pone en duda la contestación efectuada a esta letrada de que no realiza guardias; evidentemente en los meses en los que ha estado de baja, no ha efectuado ninguna, pero en situación de activo, esta parte duda de que no se realicen las mismas, sobre todo cuando consta en informes elaborados por el Punto de Encuentro, que en ocasiones no se ha quedado con los menores porque estaba de guardia en el Juzgado donde trabaja, y considerando además el incremento económico que supone su realización.

... La pensión de alimentos se fija no sólo en atención a los ingresos acreditados, sino a los ingresos probados presumidos por el patrimonio existente y a los gastos fijos demostrados, y aparte de la referencia hecha anteriormente sobre la no demostración de los gastos fijos, esta parte considera que la manifestación realizada en la sentencia de que debe costearse su transporte al trabajo por cuanto reside a varios kilómetros del mismo, ya está contemplada en la nómina puesto que consta un "complemento de transporte"; y que con relación a las deudas que soporta, debo manifestar que evidentemente consta la existencia actual de las mismas, pero se desconoce la fecha en la que finaliza el pago de ellas; no tiene a su cargo el coste de abonar hipoteca alguna, ni de alquiler, en contraposición a la capacidad económica de mi representada, que no sólo debe hacer frente al pago de los gastos corrientes de la casa, colegio de los menores, hipoteca de la vivienda, sino que además tuvo que suscribir un nuevo préstamo para poder atender a todas las necesidades diarias. Extremos todos ellos acreditados mediante las documentales aportadas.

Por ello esta parte, entiende que la cantidad fijada en la sentencia no es proporcional a los medios del Sr. Eloy, puesto que los datos económicos que ha aportado no son reales, a juicio de esta parte, y además, la cantidad señalada, es insuficiente para la atención de las necesidades de ambos menores, puesto que la capacidad económica de la madre es del todo insuficiente para cubrir incluso sus propias necesidades, debiendo acudir, como manifestó en la vista, a la ayuda de sus familiares y amigos.

... A mayor abundamiento, esta parte no comprende el motivo por el que el Juzgador de Instancia no establece en el fallo de la sentencia, que la contribución de los cónyuges a los gastos extraordinarios sea por mitad cada uno, extremo que se había establecido en la sentencia de separación, y que a pesar de todo lo argumentado en la sentencia, no se recoge, entendiéndose esta parte que resulta necesario su establecimiento, por cuanto la vida diaria de los menores supone que surjan circunstancias que obliguen a un desembolso económico extraordinario, y dicha carga no debe pesar única y exclusivamente sobre la madre, considerando que gastos como libros escolares, uniformes, médicos, excursiones escolares y demás cargas que integran el concepto de gastos extraordinarios, deban ser soportados por mitad; de hecho, esta parte no comprende dicho olvido por parte del juzgador, cuando en el acto de la vista por ejemplo ya se comentó la necesidad del menor Tomás de acudir a un logopeda, gasto que actualmente pesa sobre la exclusiva y maltrecha economía de mi representada, ya que el Sr. Eloy, a pesar de conocer dicha necesidad del menor, por cuanto actualmente es quien lo lleva y recoge de la logopeda en virtud del régimen de visitas establecido en la sentencia, voluntariamente no lo abona, y la actitud de dicho señor es la de cumplir fielmente la sentencia en los términos que le benefician, sin importarle las necesidades de los menores, como bien conoce el Juzgador de instancia a la vista de los múltiples problemas acaecidos con el cumplimiento del régimen de visitas, e incluso la necesidad de esta parte de interponer un procedimiento de ejecución de sentencia para que los gastos extraordinarios sean abonados por mitad en virtud de la anterior sentencia de separación, siendo perfectamente condecorador de todo ello el Juzgador de instancia, por lo que esta parte no comprende la no fijación de dicha contribución del Sr. Eloy al abono de los gastos extraordinarios. ...».

La estrategia de la Defensa de la recurrente es muy inteligente, aunque presenta dos flancos débiles de importancia.

Para demostrar que Eloy puede soportar una carga familiar superior a la impuesta por la sentencia, comienza poniendo en duda que viva con su madre y sugiere que ha formado a su vez una nueva familia a la que necesariamente se verá obligado a atender.

El argumento es patentemente reversible. Sin contar con las obligaciones que pudiera representar su nuevo estado, el mero hecho de no vivir en casa ajena implica que ha de sufragar el precio de un alquiler y el importe de los gastos generales de cualquier hogar, por modesto que sea, que habrá de deducir de sus menguados recursos disponibles.

Todo lo demás, son especulaciones carentes de un apoyo probatorio que la parte hoy apelante pudo haber presentado en juicio; y en algún caso, como tratándose del supuesto complemento por desplazamientos o las diferencias de sueldo en caso de baja por enfermedad, manifiestamente carentes de fundamento.

Tercero:

En la sentencia recurrida se lee:

«... El artículo 103 del Código Civil EDL 1889/1, expresamente menciona como medida a adoptar el determinar en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; debe determinarse un régimen de visitas a favor del padre demandado, para cumplir con lo establecido en el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1 y teniendo siempre en cuenta los derechos del menor y el principio

de favor filii. La ruptura sentimental de los progenitores no puede ni debe ser un obstáculo para el normal desenvolvimiento de las relaciones paterno- filiales, debiendo tenerse presente que el progenitor privado de la custodia tiene el deber de velar por los menores, siendo indispensable su presencia para el completo desarrollo de su personalidad y formación integral de su personalidad, como reconoce consolidada jurisprudencia. Es por ello por lo que ha de determinarse un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, extremo en el que ambas parte se hallan plenamente conformes.

Sin embargo la extensión y forma en que este debe llevarse a cabo propuesta por ambas partes difiere y mucho. Con toda probabilidad ello deriva del tortuoso devenir de la ejecución de las visitas acordadas en previas resoluciones judiciales, en los que los problemas han sido de toda índole, con múltiples incidencias. Ello no obstante, lo cierto es que del reciente informe de los técnicos del punto de encuentro de fecha 25 de marzo de 2008, adjunto al informe del Sr. Jefe del Servicio de Prevención y Apoyo a la familia de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía de 31 de marzo de 2008, recibido en este Juzgado el día 4 de abril de 2008 (cuya unión a la presente se ha acordado en el procedimiento 376 de 2005 dada su relevancia) se desprende que el objetivo de normalizar las relaciones entre los menores y el progenitor no custodio se ha venido logrando con éxito (gracias, sin duda, al buen hacer de los técnicos y de la sobrada paciencia exhibida en numerosas ocasiones) pues los menores ya no se resisten a marchar con el padre, sino que, por el contrario, su actitud es de alegría al encontrarse con el mismo.

Por ello no se entiende que la parte actora, que no discute la procedencia de un régimen de visitas, quiera restringir el mismo hasta el punto que se limite a dos visitas de duración global de 5 horas semanales, sin pernocta, sin fines de semana y sin régimen vacacional y además con la tutela de los técnicos. Esta restricción resulta indebida y contraria a los principios que deben presidir el propio régimen de visitas. Ha de tenerse muy en cuenta que el régimen de visitas se fija judicialmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 94 y 103 del Código Civil EDL 1889/1, como instrumento para que se de cumplimiento a las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, conforme al artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1 (singularmente las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral) teniendo siempre presente el beneficio y el interés del menor, quien de esta forma no pierde el referente de la figura paterna, insustituible y necesaria para el completo desarrollo de la personalidad de aquel, en concordancia asimismo con el principio constitucional de protección integral de los hijos recogido en el artículo 39.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879. En definitiva, tal y como expone la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 28 de febrero de 2001, el derecho de visita regulado en el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1 no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado. Su cumplimiento, por tanto, no obedece tan solo al interés del progenitor no custodio, sino que, por encima de ello, responde a un derecho del menor, constituyéndose su cumplimiento en verdadera obligación para el primero.

Y es que, en palabras de la Sentencia de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, el mantenimiento de la relación del padre con los hijos es un derecho fundamental de éstos, tal como es recogido por el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, por lo que el contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido, recogido en el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1, únicamente puede ser suprimido, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1992 EDJ 1992/10191, por el interés superior del niño si quedare acreditado el riesgo real que para la salud o la integridad física del menor presente dicha relación. En el mismo Sentido, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2 de mayo de 2001 recuerda que toda medida de suspensión o supresión o limitación del derecho de visitas únicamente puede entrar en juego cuando se den las circunstancias legalmente previstas en el tan citado artículo 94 del Código civil EDL 1889/1, esto es, cuando se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. La limitación o suspensión del régimen debe tener por ello un marcado carácter restrictivo, como se resalta en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 julio 1993 EDJ 1993/7469, pues la suspensión, supresión o limitación del derecho de visitas no sólo produce una negativa incidencia inmediata sobre el progenitor, que no podrá ver colmadas sus humanas y legítimas aspiraciones a estar con su hijo, sino que redundará además en mayor o menor medida en una deficiente formación de la personalidad del hijo, que se habrá desarrollado sin contar con la asistencia, la tutela, el seguimiento y el apoyo de su progenitor

... A la vista de la positiva evolución del régimen de visitas para con los hijos puede afirmarse sin duda que limitar el mismo no está justificado. Trató la parte actora de fundamentar esta restricción en el carácter agresivo y el empleo de palabras malsonantes por parte del menor Octavio justo cuando vuelve del régimen de visitas, buscando una conexión entre estos comportamientos y el contacto con la figura del padre. Sin embargo no puede obviarse que el carácter y la personalidad de menores que han sido conscientes (y por los múltiples incidentes que los menores ha presenciado en el punto de encuentro, sin duda lo son) de la ruptura sentimental entre sus progenitores (referentes en todos los aspectos de su vida, máxime la temprana edad d estos dos menores), especialmente cuando la misma ha sido difícil o tensa, queda irremisiblemente afectado, no siendo particularmente extraño para el que dicta la presente, tras explorar a un gran número de menores cuyos progenitores han sufrido una ruptura sentimental, que el carácter del menor sea especialmente irritable o que el mismo se halle especialmente desubicado cuando retorna de un periodo de visitas con el progenitor o progenitura no custodio/a. Acharcar en exclusiva estos comportamientos al contacto con el padre olvidando el resto de circunstancias que rodean al menor (amistades, entorno, edad, experiencias vividas a raíz de la separación o incluso el propio carácter o temperamento del menor, con independencia de todo lo narrado) es algo simplista que se torna en pernicioso si conlleva restringir el necesario (para el menor) contacto con la figura paterna. Por ello procede fijar un régimen de visitas amplio, en consonancia con lo expuesto en el fundamento anterior y a la vista del horario de trabajo del progenitor no custodio y de las actividades escolares de los menores.

Sin embargo, del informe ya citado también se desprende que el actual régimen de visitas encuentra un hándicap casi insalvable en la actitud del progenitor no custodio para con los técnicos del Punto de Encuentro familiar (a pesar del Auto dictado por este Juzgado el día

31 de mayo de 2007 en el proceso 376 de 2005, en el que se requería al demandado para que para que asumiese y respetase las normas internas que regulan el Punto de Encuentro Familiar, ateniéndose en todo a las pautas que los técnicos del programa le indicasen, con expreso apercibimiento de imponerle multas coercitivas hasta que diese cumplimiento al requerimiento -sin que parezca haber cesado esta actitud hostil-) que dificulta en extremo no solo el cumplimiento del objetivo del programa en su caso, sino que esta incidiendo de forma negativa e importante en el desarrollo del programa para todos los que acuden al mismo. Esta situación es intolerable y necesita ser modificada para el bien de los menores y del resto de usuarios del Punto de Encuentro, siendo conveniente derivar este expediente a otro punto de Encuentro Familiar, siendo que el único alternativo posible es el del SAVA (en consonancia con la acertada propuesta del Ministerio Fiscal), al cual se encomienda en lo sucesivo la forma del cumplimiento del régimen en sus instalaciones, que deberán ser respetadas por ambos progenitores sin incumplimiento alguno. Igualmente ha de suprimirse el nefasto (visto el resultado obtenido en el proceso 376 de 2005 desde su implantación, que provocó que el propio Punto de Encuentro así lo solicitase expresamente) sistema de comunicaciones que venía rigiendo entre las partes a través de los Letrados, por no haber arrojado ningún resultado positivo y, por el contrario, demostrarse poco ágil y óptimo para solventar los problemas habidos con anterioridad. Por ello las comunicaciones entre los progenitores se harán mediante los técnicos del Punto de Encuentro, reservando para modificaciones sustanciales del régimen el de escrito dirigido al Juzgado con la debida antelación para dar traslado a la contraparte antes de resolver.

La extensión, como puede apreciarse, es superior al anteriormente fijado en lo referente a las visitas intersemanales, que se amplían a dos, y ello atendiendo al buen resultado del contacto entre padre e hijos hasta el momento. El horario de la visita del martes es más restringido que el de la visita de los jueves en atención al horario escolar de los menores. ...»

El Código Civil EDL 1889/1, respetuoso con el principio de autonomía privada, defiere a los cónyuges, en caso de separación o de divorcio, el establecimiento de las reglas que han de regir la crisis o la etapa postmatrimonial, aunque encomiende al órgano jurisdiccional la misión de controlar el contenido del convenio para impedir que se pacte algo contrario a las normas imperativas o en fraude de ellas o en daño de la prole o en injustificado perjuicio de uno de los cónyuges.

Su artículo 90 dispone:

«El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio. ...».

Y su artículo 103 establece:

«... Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este código y, en particular, la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. ...»

El principio rector de la regulación codificada de las relaciones de los progenitores con sus hijos es la optimización del interés de éstos.

Con arreglo a él habrá que decidir con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Nótese que, desde el punto de vista del precepto transcrito, el cuidado de los hijos y la comunicación entre éstos y el progenitor que no los tiene habitualmente en su compañía se contempla ante todo como un deber de éste, perspectiva coherente con la configuración del contenido de la patria potestad como un conjunto de funciones, concepto en que se reúnen las dimensiones de derecho y de deber.

En la bibliografía italiana se define la patria potestad como «... el conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de oobrar ...».

También en la española se insistió en la naturaleza jurídica de función de la patria potestad, entendida como «... un deber que la naturaleza y la ley han puesto en manos de los padres para atender a las múltiples necesidades que los hijos, en las primeras edades de la vida, van presentando: es una suma de deberes para cuyo cumplimiento precisamente se conceden los derechos. Éste es el concepto de función: derecho que se concede (no para autosatisfacción de intereses dignos de protección, que es el concepto de derecho subjetivo) para cumplir unos deberes ...»

Voces críticas han puesto de relieve que la patria potestad se agota en una función (como sostuvo el yuspublicismo familiarista italiano del segundo cuarto del siglo pasado) sino que implica -se ha escrito- «... un complejo de derechos subjetivos del padre y de la madre en la medida que permite el ejercicio erga omnes del poder oponiendo su titularidad a quienes pretendan desconocer su ejercicio ...».

El Derecho de familia -del que forma parte el estatuto jurídico de la patria potestad- «... es antes disciplina de estados y condiciones personales que de derechos subjetivos, y de ese status familia derivan situaciones de poder y deber cuyo contenido está fijado rígidamente, y las más veces irreversiblemente, por el Derecho; situaciones subjetivas de valor universal, eficaces dentro y fuera del grupo, que exigen el respeto de todos ...», lo que las aproxima a la estructura tópica del derecho subjetivo modelo «privilege/no-right».

El Tribunal Supremo también destacó este aspecto funcional de la patria potestad, de la que emanaban poderes que eran de obligado ejercicio para los progenitores.

La Sentencia 123/1984, de 28 de febrero EDJ 1984/7056 , concibe la patria potestad, cualquiera que sea la naturaleza de la Filiación, como «... una función del padre y de la madre en beneficio del hijo».

Y la Sentencia 122/1992, de 12 de febrero EDJ 1992/1295 , considera que «... la patria potestad es un deber que la naturaleza y la ley han puesto en manos de los padres para atender a las múltiples necesidades que los hijos, en las primeras edades de la vida, van presentando: es una suma de deberes para cuyo cumplimiento precisamente se conceden los derechos. Éste es el concepto de función: derecho que se concede (no para autosatisfacción de intereses dignos de protección, que es el concepto de derecho subjetivo) para cumplir unos deberes ...»

En esta resolución se añade 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 prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio, así como en la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala, siendo de destacar al respecto la sentencia de 9 de marzo de 1989, en la que se expresa que "es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad" pronunciándose en análogo sentido la de 5 de octubre de 1987 EDJ 1987/6991 , sentencia una y otra que se citan en la recurrida (cuarto considerando)y, como más reciente, la de fecha 11 de octubre de 1991, en la que aun proclamando el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y, dentro del mismo, el específico de la guarda y tutela de aquellos, incluidos entre los que se denominan derechos-función, por la especial naturaleza que les otorga su carácter social, viene a establecer que, en determinados supuestos, la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta, pueda acarrear la extinción de tal derecho, siempre que concurren los requisitos que la Ley contempla y sea acordada por un organismo judicial, como así resulta del artículo 158 del Código, según el cual, el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará "las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda" y del artículo 170 de dicho cuerpo legal, a cuyo tenor, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, sin que contra lo resuelto en el ejercicio de esa facultad, proceda el recurso de casación, a no ser que se impugne la apreciación de las pruebas de error de hecho o de Derecho. Es de resaltar que tanto la sentencia cuya doctrina se acaba de extraer, como la de 5 de octubre de 1987, hacen referencia a supuestos de concesión de la guarda y custodia de menores por sus abuelos maternos. Asimismo, el sentido proteccionista hacia los del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la ley de procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño. Por último, es de decir que el beneficio de los hijos se propugna igualmente en los artículos 92 y 159 del Código, que figuran citados en la sentencia recurrida, y aunque esos preceptos presupongan que viven ambos cónyuges, ello no es óbice para ser tenidos en cuenta como un fundamento más en punto a la aplicación de medidas correctoras de la patria potestad, en determinados casos. Pues bien, las consideraciones que anteceden conducen a concluir que el Tribunal "a quo" no incurrió en la infracción de las normas invocadas en el motivo, lo que ocasiona su inviabilidad. ...».

Más recientemente, la Sentencia 415/2000, de 24 de abril, siempre de la Sala Primera del Tribunal Supremo EDJ 2000/6205 , repite que la patria potestad «... es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución EDL 1978/3879 ; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor(art. 2). ...».

Más aún: la dimensión deontológica del cuidado y alimentación de los hijos es de tal intensidad que -como enfatiza la Sentencia 49/1999, de 2 de febrero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo EDJ 1999/939 - el artículo 110 del Código Civil EDL 1889/1 dispone que «... (el) padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos ...».

El artículo 154.1º, de nuevo del Código Civil EDL 1889/1 , detalla el contenido de estos deberes generales, impuestos -se insiste- «siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad» (al «interés del menor » o «bonum filii» como criterio legal inspirador se refiere la Sentencia 20/1998, de 27 de enero), en los siguientes específicos: «... Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. ...».

El contacto con ambos progenitores se considera, por la Psicología moderna, como presupuesto condicionante del adecuado desarrollo de sus hijos, puesto que no sólo refuerza el entorno de afecto, tan necesario para éstos, sino que enriquece los patrones de comportamiento personal y de inserción en el contexto social en que han de vivir.

Por ello la Sentencia 115/1999, de 10 de febrero EDJ 1999/839 , rechazó tajantemente la posibilidad (salvo casos muy excepcionales, en virtud de resolución judicial suficientemente argumentada) de un aislamiento total y permanente de uno de los progenitores.

Ese rechazo lleva consigo la reprobación de comportamientos de aquél con quien convive habitualmente el menor, tendentes a inculcándole prejuicios hostiles hacia quien ha quedado apartado de él, invocando luego las actitudes de resistencia a comunicar con éste como un indicio de ejercicio inadecuado de su derecho de visita (cuando no de algo mucho peor) y de incompetencia para desempeñar incluso transitoriamente las funciones paternas, pretendiendo consecuentemente la limitación temporal o la restricción de la libre comunicación entre el padre o la madre y el hijo.

La Defensa de la apelante pasa al segundo objeto de su pretensión recursiva:

«... Respecto al régimen de visitas adoptado en la sentencia, consistente en dos tardes a la semana, (martes desde las 18 horas hasta las 20 horas, y jueves desde las 17 a las 20 horas), siendo la recogida y entrega de los menores a través del SAVA de Huelva, y fines de semana alternos desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas, con recogida y entrega de los menores en el mismo sitio, esta parte está en desacuerdo con el mismo.

En primer lugar, porque aun considerando que la ley atribuye a los Jueces y Tribunales que conozcan de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y otros en que se vean afectados intereses de menores, potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis familiar que han de ejercitarse en defecto, e incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes, debemos manifestar nuestra sorpresa al establecerse en la sentencia un régimen más amplio que el solicitado, no ya sólo por esta parte, sino por la parte contraria e incluso más amplio que el que regía durante la separación matrimonial.

Es cierto que desde que se interpuso la demanda de divorcio hasta que se celebró la vista, pasaron casi dos años, con la consiguiente modificación de las circunstancias que regían al tiempo de presentarse dicha demanda, pero ello no significa que la influencia del Sr. Eloy sobre los dos menores haya mejorado, y sea beneficiosa para ambos.

De hecho, y ante la persistente negativa del Juzgador de instancia a que toda la familia pasara por el Equipo Psico Social de Familia, solicitado en la demanda de divorcio, en posterior escrito antes de la vista, en recurso de reposición y en la propia vista, basando dicha negativa en argumentos como "la corta edad de los menores; que el objeto del debate es la extensión del régimen de visitas; de los perjuicios que indudablemente ello acarrea para el devenir del proceso, consistentes en un tiempo de emisión medio de los informes que excede de las tres mensualidades, (argumento sorprendente para esta parte cuando desde la presentación de la demanda hasta la celebración de la vista, han transcurrido casi dos años); y del perjuicio para los menores que deben relatar experiencias personales a terceros y ver violentado en gran parte su intimidad por un conflicto existente entre sus padres, se consideró y se considera innecesario el que los mismos deban afrontar esta negativa experiencia máxime cuando existen informes anteriores del punto de encuentro que se pronuncian sobre la relación existente entre el padre y los menores", esta parte tuvo que recurrir a parte de los numerosos informes elaborados por el punto de encuentro, y a las testificales efectuadas en la vista, para dejar clara la influencia negativa de la actitud del Sr. Eloy sobre los dos menores, especialmente sobre el mayor de ellos, Eloy .

Pues bien, lo que en sentencia se expone como que "el objetivo de normalizar las relaciones entre los menores y el progenitor no custodio se ha venido logrando con éxito", no es lo que se recoge en el informe referido por el Juzgador y aportado a los Autos de oficio por la gravedad de lo sucedido, ya que en dicho informe se habla de que "podría decirse que en gran medida se ha conseguido", frase que no es categórica en el sentido de que realmente se haya logrado dicho objetivo, sino que más bien deja entrever que existen actualmente dificultades para alcanzar dicho objetivo, y dichas dificultades quedan a la vista en diversos informes anteriores, como la visita de fecha 29 de abril de 2006, en la que se señalan frases como "tras ciertas dificultades en la separación de los niños con su madre... Octavio respondiendo no me quiero ir contigo", y todo lo sucedido posteriormente y que queda recogido en dicho informe, sobre la expresiones del Sr. Eloy "te tienes que venir conmigo, ya que tu madre te ha abandonado y no quiere venir a recogerte", "que voy a poner a los menores a cargo de una institución"

En el mismo informe se refleja que "los menores, especialmente Octavio, manifiesta dificultad en la separación de su madre... y cuando Octavio no ha querido irse con su padre, éste ha optado por no insistirle y pedir que se llame a su madre ya que considera que no es adecuado obligarlo... y demás comentarios que damos por reproducidos para no alargar este extremo.

En otros informes también se alude "a la actitud inadecuada mantenida por la persona que ejerce el derecho de visitas con los niños". A la negativa a darles medicación a los menores a pesar de ser prescritos por médicos. A la no recogida por parte del Sr. Eloy durante el mes de agosto de 2006 para pasarlo con los menores; a la negativa a preocuparse por los estudios de los menores, " Octavio refiere al técnico que no se llevará la mochila quejándose y afirmando "en dos horas no voy a dejar que mi hijo estudie", y ello a pesar de

comprobar que al día siguiente el menor tenía un control"...es decir, que la actitud del padre, recogida por los propios técnicos del Punto de Encuentro, en nada es aconsejable sobre los menores.

En palabras de la propia sentencia, "el derecho de visitas tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado", y esta parte se pregunta si la actitud del Sr. Eloy es la propia para realmente cubrir esas necesidades afectivas y educativas.

De hecho, de oficio se aportó a los Autos de divorcio un informe elaborado por el Punto de Encuentro tras la vista del juicio, que el Juzgador de instancia señala como "dada la gravedad de los hechos narrados", y en el que se recogen actitudes y expresiones efectuadas por el Sr. Eloy que, si bien son realizadas hacia los técnicos, los menores son testigos presenciales de las mismas, e incluso las realiza incumpliendo requerimientos judiciales efectuados a dicho señor. Es más, la actitud del Sr. Eloy es de incluso mentir sobre diversas cuestiones, como se recoge en este último informe sobre la posibilidad de que la madre pudiera hablar con los menores durante las vacaciones de Semana Santa, amén de lo ocurrido en la propia vista que, a preguntas de la propia Fiscal, miente sobre un incidente acaecido en Punto de Encuentro y que es recogido en un informe.

Esta parte cree que dicha actitud acredita un riesgo real para la integridad psíquica y emocional de los menores, en contra de lo manifestado en la sentencia.

Además, por esta parte no se solicitó la suspensión del régimen de visitas, sino y especialmente, que las mismas fueran tuteladas por técnicos especializados, al entender que dichas conductas no son ejemplificantes para los menores, y que si dichas expresiones se realizan a adultos, no sabemos qué se les puede decir a dichos menores en momentos de tensión. De hecho, las testificales aportadas por esta parte, fueron demostrativas de que el carácter del menor Octavio, después de haber estado con el Sr. Eloy, es de rebeldía, provocación, desafiante ante los adultos, con insultos y manifestaciones inadecuadas en un menor de su edad.

Señalar que el comentario vertido en la sentencia sobre que "la limitación del derecho de visitas produce una negativa incidencia inmediata sobre el progenitor", nos sorprende, cuando consta en autos que no pasó el verano del 2006 con los menores, ni se preocupó por ellos; como tampoco innumerables tardes de los martes que, aun sabiendo que los menores salían del colegio, ni los recogía en el mismo, ni esperaba su llegada; ni lo acaecido en las vacaciones de Navidad de 2007-2008, que no recogió a los menores, ni telefoneó para saber de ellos, y que al fin de semana siguiente no estuvo con ellos, a pesar de los intentos de los técnicos de Punto de Encuentro de que se quedara a esperar a los menores que ya se encontraban de camino hacia dicho punto, faltas que además no han sido documentadas, incumpliendo deliberadamente el requerimiento efectuado por el juzgador de instancia, aun a fecha de hoy, como se puede comprobar en los Autos de modificación de medidas 376/2005 .

Para esta parte, achacar el carácter del menor Octavio, no sólo al comportamiento del Sr. Eloy, sino al resto de circunstancias que rodean al menor, es una solución muy paternalista, ya que está suficientemente acreditada la actitud inadecuada del Sr. Eloy, y su posible influencia negativa sobre los menores, que a la vista de lo manifestado por las testificales, ya se deja entrever cuando regresa de su estancia con dicho señor.

En definitiva, esta parte considera que se ha producido un error en la valoración de las pruebas, pues éstas indican que sería conveniente para el desarrollo de los menores, que se restringieran y fueran tuteladas por técnicos especializados, mientras dicha actitud del Sr. Eloy continúe.

... Finalmente, y respecto a la solución adoptada de que las visita se realicen en el SAVA, esta parte cree que se ha protegido a ios técnicos de Punto de Encuentro, con quienes las relaciones eran ya intolerables, pero se ha olvidado que el verdadero interés a proteger es el de los menores, y no el de los técnicos, ya que las dificultades son las mismas aunque se realicen en otro punto de encuentro familiar, puesto que es el carácter del Sr. Eloy lo que impide que las relaciones se normalicen, y de hecho, ya durante el mes de junio en el que las visitas se ha efectuado a través del SAVA, han surgido complicaciones. ...»

Sin embargo, la lectura de los últimos informes de evolución de las relaciones de las partes procesales entre sí y de los menores respecto de su padre sigieren que la actora y el demandado demuestran espíritu de colaboración, comprensión de las situaciones conflictivas y esfuerzo por solucionarlas siempre con el apoyo del equipo técnico.

Las tensiones iniciales provocadas por las de Eloy con los integrantes del Punto de Encuentro fueron superándose progresivamente, tal vez a medida que el demandado iba adaptándose a las novedades que entrañaba su condición de cónyuge separado y divorciado y de padre apartado de la convivencia cotidiana con sus hijos.

Tampoco debió resultar fácil que éstos se acomodaran a los cambios que entrañaba la permanencia duradera en el hogar regentado por la madre combinada con las estancias periódicas con su padre. Es más que posible que este último tuviera de la educación infantil un concepto más rígido y acaso más autoritario, con horarios estrictos y visitas a otros familiares (singularmente, la abuela paterna) que los niños, al menos en principio, rechazaban por aburridas.

Todavía, tras el último período vacacional con el padre, los menores regresaron con un sentimiento de hostilidad que sugiere que se encontraron sometidos a un régimen de vida cuando menos diferente en relación con el que llevaban con su madre. Sin embargo, los informes dan cuenta de que esta actitud ha quedado superada, por lo que no se vé razón para acceder a lo pretendido sobre este extremo.

Cuarto:

El artículo 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 establece:

«1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, ... se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394».

En este precepto de reenvío se dispone:

«... 1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. ...».

«... En caso de estimación total o parcial del recurso de apelación -se lee en el apartado 2 del artículo 398 - no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. ...»

Puesto que parcialmente se estimó el recurso, no procede hacer imposición de costas.

Por cuanto antecede,

FALLO

que, estimando parcialmente el recurso de apelación el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Rosa Burrero Canelo, en nombre y representación de Graciela, contra la sentencia número 106 del 2008, dictada, con fecha diecisiete de abril del dos mil ocho, en Proceso de Divorcio número 385 del 2006, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Huelva., debemos revocar, y, en consecuencia, revocamos en parte dicha sentencia, condenando al demandado a pagar una tercera parte de los gastos extraordinarios devengados por los menores de edad, manteniendo en lo demás el fallo recurrido y sin hacer imposición de las costas de esta instancia.

Contra esta sentencia no cabe ulterior recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes del proceso.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

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

Publicación.-La anterior sentencia ha sido publicada, en el día de su fecha, en audiencia pública, por el Ilustrísimo Señor Magistrado Ponente. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 21041370012009100328