

EDJ 2008/380839

AP Valencia, sec. 10ª, S 23-7-2008, nº 489/2008, rec. 538/2008

Pte: Motta García-España, José Enrique de

Resumen

Revoca la Sala el pronunciamiento de la instancia, que acordó la disolución por divorcio del matrimonio de los ahora litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el esposo. Considera la Sala, entre otras cuestiones, que atendiendo a las circunstancias, y ante la imposibilidad de fijar de forma exhaustiva los distintos conceptos que pueden englobar los gastos extraordinarios, no resulta procedente hacer una lista de los mismos en la sentencia, debiendo establecer la proporción en que deben contribuir los progenitores, fijando al 50% entre ambos cónyuges.

NORMATIVA ESTUDIADA

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.94

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

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"
 - Otras cuestiones
- Otros supuestos

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

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

Aplica art.94 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE TORRENTE, en fecha 1-2-08 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D./Dan. Marái José Vázquez Navarro, declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por Dan. Santiago y D. Bartolomé, debiendo continuar rigiendo las medidas convenidas en sentencia de separación, con las siguientes modificaciones en cuanto al régimen de comunicación de la niña con el padre: - la recogida de la niña martes y jueves y los viernes de los fines de semana en que la niña haya de estar con su padre se realizará por éste en el Colegio y a la hora de salida. - Las actividades extraescolares deberán ser convenidas por ambos progenitores.; No se hace imposición de costas."

Con fecga 15-2-08, se dicto auto rectificando la Sentencia cuya parte dispositiva dice: " Rectificar el fallo de la sentencia de uno de febrero de dos mil ocho y donde dice "estimando la demanda" debe decir "estimando parcialmente la demanda". - No ha lugar a las demás rectificaciones y complementos pretendidas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación del demandante Bartolomé se interpuso recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia en donde comparecieron dentro de plazo; se ha tramitado el recurso celebrándose la vista el día 23-7-08 a las 9,30 horas, a cuyo acto asistieron los letrados y las representaciones de las partes que constan en la diligencia de vista extendida a tal efecto, solicitando se dictara sentencia conforme a las pretensiones de sus respectivos patrocinados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar debe decirse que resulta, cuanto menos incomprensible que el actor, hoy recurrente, ni siquiera en su demanda hiciese referencia alguna a la existencia de una sentencia de separación, así como de las medidas que rigen el mismo, no sólo porque se trata de un antecedente de evidente importancia, sino, asimismo, porque como tiene reiteradamente dicho esta Sala, siendo el divorcio una figura distinta de la separación, que ha de producir sus propios efectos, que surgirán con carácter "ex novo" al decretarse la disolución del vínculo matrimonial, por lo que será necesario acreditar si ha habido o no una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar las medidas de la separación, ya que se podrán mantener las mismas aunque del mismo modo, cabe la hipótesis contraria, cual es que, no obstante esa cercanía cronológica, se hayan producido cambios personales y económicos en los miembros integrantes de la familia, es decir, habiendo un acuerdo previo de separación, si se insta con posterioridad un procedimiento de divorcio pueden, y deben, acordarse en este último procedimiento las correspondientes medidas, las cuales podrán, o no, coincidir con las medidas acordadas en la separación, sin necesidad de acudir a un incidente de modificación de medidas.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, debe, asimismo, recordarse que, en estos procedimientos, muy especialmente, rige la carga de la prueba, según la cual todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio "incumbit probatio qui dicit, non qui negat", en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza.

TERCERO.- Teniendo, pues, en cuenta lo anteriormente expuesto, en los supuestos, como el de autos, en los que se pretende una modificación, por alteración de las circunstancias, se ha de ser especialmente exigente en cuanto a la probanza de tal alteración, ya que, en caso contrario, se está fomentando el que se firmen convenios con la plena seguridad de que, más tarde, fácilmente se logrará modificar el mismo.

CUARTO.- Sentado lo anterior en realidad el recurso de apelación queda circunscrito únicamente al régimen de visitas, al seguro médico, pensión de alimentos, gastos extraordinarios y las costas de la instancia, debiendo examinarse por separado tales cuestiones.

QUINTO.- Respecto al régimen de visitas, no obstante lo recogido en la sentencia de instancia, es lo cierto que acerca de ello debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio.

SEXTO.- El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues 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, no existe dato, elemento o indicio alguno en autos que permita cuestionar la capacitación del progenitor no custodio, D. Bartolomé, para llevar a cabo las funciones de educación y crianza de su hija. No hay motivo alguno que se oponga a que la comunicación sea intensa, amplia y habitual, lo que resulta lo más conveniente para la menor, para la que la separación de los padres

no debe suponer nunca un alejamiento de uno de sus progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la vida de la hija común, de tal manera que aunque los padres estén separados, la hija tenga conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos la cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que le dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno filiales con ambos progenitores son similares.

En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, y no ponerle trabas innecesarias, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones horarias, manteniendo la relación durante las veinticuatro horas de los días que se establezca que hijo y padre no custodio estén juntos.

SÉPTIMO.- Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, estima la Sala que debe ya señalarse el régimen que habitualmente viene señalándose en casos similares, es decir, los fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes a las 20 del domingo, uniéndose los puentes al fin de semana más cercano, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y Verano, sin que sea por períodos superiores a 15 días, eligiendo, a falta de acuerdo, la madre los años pares y el padre los impares, pues entiende la Sala que no debe regularse el régimen de visitas con la minuciosidad que se ha pretendido tanto en el convenio como en los presentes autos, pues ello sólo a múltiples jaleos puede dar lugar, lo que puede evitarse con el régimen que se señala en esta sentencia, sin que la Sala esté, en modo alguno, limitada por la petición o postura de las partes al tratarse de una menor.

OCTAVO.- Por lo que respecta a la pensión alimenticia, habida cuenta de la absoluta conformidad entre las partes en cuanto a la suma a abonar - 320 euros mensuales-, como puede verse mediante la simple lectura de la demanda y contestación, con el fin de evitar todo tipo de controversia sobre dicho extremo, se acuerda fijar como pensión alimenticia la citada suma de 320 euros mensuales que se incrementarán con arreglo al índice de precios al consumo.

NOVENO.- Respecto de 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, por lo que se acuerda que los gastos extraordinarios serán, como habitualmente se acuerda, al 50% entre ambos cónyuges.

DECIMO.- En cuanto al seguro médico el mismo debe ser abonado por ambos progenitores al 50% al estar ambas partes de acuerdo en su mantenimiento y ser ello beneficioso para la hija.

UNDECIMO.- Finalmente en cuanto a las costas de la instancia debe decirse que mal pueden serle impuestas a la parte demandada no sólo porque la misma también interesaba el divorcio, sino asimismo, porque en materia de familia, salvo circunstancias especiales concurrentes, no suelen imponerse las costas, debiendo por ello mantenerse lo acordado en la instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las de esta alzada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey
Ha decidido:

Declaramos haber lugar en parte al recurso apelación interpuesto por la Procuradora D^a M^a José Vazquez Navarro en representación de D. Bartolomé contra la sentencia de fecha 1-2-2008 dictada por el Juzgado de 1^a instancia núm. 3 de Torrente cuya resolución revocamos en el sentido que se recoge en la presente sentencia, manteniendo el resto de los demás pronunciamientos, 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.

Publicación.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

