

EDJ 2010/57290

AP León, sec. 2ª, S 24-2-2010, nº 74/2010, rec. 9/2010

Pte: Muñiz Díez, Antonio

Resumen

Frente a la resolución parcialmente estimatoria de la instancia, la AP confirma el pronunciamiento, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por la esposa. Sostiene la Sala atendiendo a las circunstancias del caso que no puede considerarse que el régimen de visitas paterno-filial que se ha acordado en la Sentencia recurrida, y resultando sustancialmente coincidente con el pactado por los progenitores en el convenio regulador, sea contrario al interés superior del menor, al no constar en las actuaciones dato objetivo alguno que permita colegir algún tipo de peligro físico o psíquico.

NORMATIVA ESTUDIADA

Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.
art.9.3

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.160

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Favor "filii"

Otras cuestiones

Otros supuestos

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.9.3 de Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.

Aplica art.160 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.142 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido SAP Cádiz de 24 noviembre 2009 (J2009/315980)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 1 octubre 2009 (J2009/279129)

Cita en el mismo sentido SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 septiembre 2009 (J2009/273996)

Cita en el mismo sentido SAP León de 17 mayo 2006 (J2006/110358)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 12 julio 2004 (J2004/82541)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 9 julio 2002 (J2002/27754)

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)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 30 de abril de 2009 cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana María Álvarez Morales en nombre y representación de Ángel contra Alejandra y estimando también parcialmente la demanda reconvenicional presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a Angélica Ortiz López en nombre y representación de Alejandra contra Ángel, debo declarar y declaro la disolución del matrimonio de ambos litigantes, por divorcio, al concurrir el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el tiempo legalmente establecido, con los efectos legales inherentes a este pronunciamiento, estableciendo específicamente el mantenimiento de las medidas y efectos establecidos en el convenio regulador aportado al procedimiento de separación de fecha de 25 de junio de 2004, salvedad hecha de las que afectan, en primer lugar, al régimen de visitas para que el aquí demandante pueda relacionarse y estar con su hijo, que queda como sigue: "los fines de semana alternos desde las 17,30 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo, debiendo de recoger el padre a su hijo a la salida del colegio -en su defecto en el domicilio en el que viva cuando se trate de un viernes en el que por la circunstancia que sea no haya clase-, reintegrándolo al mismo al término de la estancia; además, podrá estar la mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares; en caso de desacuerdo entre los progenitores, las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos turnos, comprendiendo el primer turno desde la salida del colegio del último día lectivo hasta el mediodía del 31 de diciembre y el segundo turno desde dicha fecha hasta las 20,00 horas del último día no lectivo; por su parte, las vacaciones escolares de verano se dividirán en dos períodos de tiempo iguales, iniciándose el primer turno a las 10,00 horas del primer día no lectivo y finalizando el segundo turno a las 20,00 horas del último día no lectivo; a mayores de lo establecido, podrá el padre estar con su hijo los miércoles de cada semana desde la hora a la que el menor salga de clase -o en su defecto desde las 17,30 horas- y hasta la mañana del jueves en que será llevado al colegio a la hora en la que comiencen la jornada escolar, siendo entregado en su defecto en el domicilio en el que viva a la misma hora en la que de haber clase sería llevado al colegio; además, los puentes reconocidos escolarmente como tales se unirán al fin de semana correspondiente, mientras que las fiestas independientes corresponderán a aquel progenitor con el que vayan a pasar el siguiente y/o el anterior fin de semana; finalmente, el día del Padre y el día del cumpleaños del mismo, el menor lo pasará en su compañía, mientras que el día de la Madre y el día del cumpleaños de la misma, pasará dichos días en compañía de ella, compatibilizando dicha estancia con el horario escolar si la misma cayera en día lectivo; el padre podrá comunicar con el menor por cualquier medio -teléfono, correo, etc.- siempre que no emplee su derecho de forma abusiva respetando los períodos de descanso y estudio de su hijo e igual derecho tendrá el progenitor custodio en los períodos de tiempo que le corresponda al otro estar en la compañía del menor; y en segundo lugar, la relativa a los gastos extraordinarios, que quedará como sigue: "los gastos extraordinarios del menor, entendiendo como tales los gastos médicos, quirúrgicos y farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, y los correspondientes a actividades extraescolares y/o clases particulares de dicho menor, se cubrirán al cincuenta por ciento por ambos progenitores.- No se hace declaración alguna en materia de costas".

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado a las demás partes personadas ante el Juzgado, por el Ministerio Fiscal y la demandante se presentaron escritos de oposición al mismo, remitiéndose las actuaciones a esta Sección y señalándose para la fecha de deliberación el día 22 de febrero de 2010.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el presente recurso, interpuesto por D^a Alejandra, contra la sentencia dictada en fecha 30 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de León, en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el núm. 1480/2008 en la que, estimando tanto la demanda formulada por el esposo D. Ángel, como la reconvenición formulada por la esposa, la expresada D^a Alejandra, se declara el divorcio de ambos cónyuges y se establecen las pertinentes medidas personales y patrimoniales derivadas de aquella.

Conforme con el divorcio acordado, interpone recurso de apelación la Sra. Alejandra en solicitud de que se dicte sentencia por la que, revocando la de instancia, se modifique el régimen de visitas del hijo menor Adrián, nacido el 18 de septiembre de 1997, establecido en aquella en favor del padre, y se establezca a cargo D. Ángel la obligación de abonar la mitad de los gastos extraordinarios del menor relativos a la compra de libros y uniformidad escolar.

Tanto el esposo, D. Ángel como el Ministerio Fiscal se oponen al recurso de apelación.

SEGUNDO.- El primer motivo de la apelación queda circunscrito, pues, al régimen de visitas paterno-filial para que el hijo menor de edad, Adrián, nacido en fecha 18 de septiembre de 1997, cuya guarda y custodia viene encomendada a la madre, pueda estar en compañía del padre, y atendido que en la Sentencia recurrida se acuerda que el régimen de visitas para que el padre pueda estar con su hijo queda como sigue: "los fines de semana alternos desde las 17,30 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo, debiendo de recoger el padre a su hijo a la salida del colegio -en su defecto en el domicilio en el que viva cuando se trate de un viernes en el que por la circunstancia que sea no haya clase-, reintegrándolo al mismo al término de la estancia; además, podrá estar la mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares; en caso de desacuerdo entre los progenitores, las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos turnos, comprendiendo el primer turno desde la salida del colegio del último día lectivo hasta el mediodía del 31 de diciembre, y el segundo turno desde dicha fecha hasta las 20,00 horas del último día no lectivo; por su parte las vacaciones escolares de verano se dividirán en dos períodos de tiempo

iguales, iniciándose el primer turno a las 10,00 horas del primer día no lectivo y finalizando el segundo turno a las 20,00 horas del último día no lectivo; a mayores de lo establecido podrá el padre estar con su hijo los miércoles de cada semana desde la hora a la que el menor salga de clase -o en su defecto desde las 17,30 horas- y hasta la mañana del jueves en que será llevado al colegio; además, los puentes reconocidos escolarmente como tales se unirán al fin de semana correspondiente, mientras que las fiestas independientes corresponderán al progenitor con el que vayan a pasar el siguiente y/o el anterior fin de semana; finalmente, el día del padre y el día del cumpleaños del mismo, el menor lo pasará en su compañía, mientras que el día de la madre y el día del cumpleaños de la misma, pasará dichos días en compañía de ella, compatibilizando dicha estancia con el horario escolar si la misma cayera en día lectivo; el padre podrá comunicar con el menor por cualquier medio -teléfono, correo, etc- siempre que no emplee su derecho de forma abusiva respetando los periodos de descanso y estudio de su hijo e igual derecho tendrá el progenitor custodio en los periodos de tiempo que le corresponda al otro estar en la compañía del menor".

Anteriormente, en convenio regulador de fecha 25 de junio de 2004, aprobado judicialmente en sentencia de fecha 8 de octubre de 2004, dictada en procedimiento de separación conyugal seguido entre las mismas partes, se había pactado, en la estipulación quinta, como régimen de visitas del menor a favor del padre el siguiente: "Fines de semana: alternos, desde el viernes a las cinco y media de la tarde (17,30 horas) hasta el Domingo a las ocho de la tarde (20,00 horas), debiendo recoger al menor en el domicilio de la madre y reintegrarle al mismo en los indicados días y horas. Respecto del cómputo de los fines de semana alternos, la madre pasará con el hijo el primero que corresponda según la fecha de la posterior sentencia y el padre el siguiente y así sucesivamente.

No obstante y dados los horarios y circunstancias laborales de ambos progenitores, de mutuo acuerdo convienen que el padre pueda comunicarse con su hijo diariamente, telefónica o personalmente. Acuerdan igualmente que el padre pueda llevarse y tener consigo a su hijo fuera de los días y horas convenidos cuando, por motivos laborales, la madre tenga que ausentarse o pernoctar fuera del hogar.

Periodos vacacionales del menor en Navidad, Semana Santa y verano: por mitad, para cuyo cómputo habrán de ponerse de acuerdo ambos progenitores, a falta de acuerdo, decidirá la madre en los años impares y el padre en los pares.

De igual forma y en el supuesto de que el padre, por motivos laborales, no pudiera cumplir el régimen de visitas en el tiempo estipulado, los cónyuges acuerdan que el padre pueda acumular fines de semana seguidos o periodos vacacionales completos. Todo ello se llevara a cabo dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre prioritariamente al interés del hijo menor".

Dice la STS de 12 de julio de 2004 EDJ 2004/82541 que "el derecho de los padres que no ejerzan la patria potestad a relacionarse con sus hijos menores está regulado en el artículo 160 del Código Civil EDL 1889/1 (el 92, que ha sido el invocado por la recurrente, hace lo propio al contemplar uno de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio). Establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1.989 (ratificado el 30 de noviembre de 1.990, B.O.E. de 31 de diciembre de 1.990) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Como recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 1.996, el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social"; y la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de julio de 2002 EDJ 2002/27754 establece que "el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 EDJ 1992/10191 y 22-5 y 21-7-1993 EDJ 1993/7469)".

En el caso de autos, aplicando la doctrina jurisprudencial dicha, no puede considerarse que el régimen de visitas paterno-filial que se ha venido a acordar en la Sentencia recurrida y que, por otra parte, y salvo el incremento del contacto al miércoles, resulta sustancialmente coincidente con el pactado por los progenitores en el convenio regulador de 25 de junio de 2004, sea contrario al interés superior del menor, sino que, por el contrario, debe entenderse beneficioso y que contribuirá a su formación integral y a su integración familiar, por lo que, no constando en las actuaciones dato objetivo alguno que permita colegir algún tipo de peligro físico o psíquico para el hijo si se mantiene el régimen de visitas acordado en la primera instancia, y cuando, además, el propio menor al ser oído se mostró conforme con la ampliación de los contactos con su padre, procede la desestimación de este motivo de recurso.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso se limita al punto relativo a los gastos extraordinarios y en concreto a los conceptos que el mismo engloba, manteniendo la parte recurrente que deben considerarse como tales los relativos a libros y uniformidad escolar.

En el convenio regulador, aprobado por Sentencia de 8 de octubre de 2004, se pactó, en la estipulación sexta, que "los gastos extraordinarios del menor, entendiendo por tales los gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos, que no estén cubiertos por la seguridad social, los cubrirán al 50% cada progenitor. Cualquier otro gasto habrá de consensuarse por los progenitores, debiendo costar autorización por escrito". En la sentencia recurrida se establece que "los gastos extraordinarios del menor, entendiendo por tales los gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos, que no estén cubiertos por la Seguridad Social, y los correspondientes a actividades extraescolares y/o clases particulares de dicho menor, se cubrirán al cincuenta por ciento por ambos progenitores".

El concepto de "gastos extraordinarios" es diametralmente distinto al de "alimentos" en sentido jurídico conforme se contempla en los artículos 142 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1, habida cuenta de que aquéllos no responden a todo lo que fuera indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, así como la educación e instrucción del menor, sino que alcanzan a otras prestaciones económicas puntuales, imprevisibles e inusuales (en definitiva, extraordinarias) a las que los progenitores tienen que subvenir necesariamente porque benefician al acreedor de la prestación -, y, de hecho, la práctica totalidad de las resoluciones judiciales

en la materia matrimonial contemplan en concreto este concepto y, también habitualmente, la obligación de ambos progenitores de satisfacerlos por mitad.

Sentado lo anterior, y siendo los gastos extraordinarios un concepto jurídico indeterminado la concreción de cuales sean los gastos extraordinarios requiere en cada caso un examen pormenorizado de los mismos atendiendo a los elementos conceptuales indicados, y a este respecto, y sin perjuicio de reconocer que es una cuestión polémica y con posturas diversas en los diferentes órganos judiciales, el sentir mayoritario de las Audiencias Provinciales se inclina por entender que no pueden considerarse como extraordinarios ni los libros de texto, ni el uniforme, pues son en principio gastos normales y ordinarios, plenamente previsibles e incardinables en los alimentos ordinarios, y así en este sentido se pueden citar, como más recientes, las Sentencias de la AP de Cádiz, sección 5, de 24 EDJ 2009/315980 y 25 de noviembre de 2009, de la AP de Toledo, sección 1, de 5 de noviembre de 2009, de la AP de Barcelona, sección 12, de 26 de octubre de 2009, de la AP de Barcelona, sección 18, de 1 de octubre de 2009 EDJ 2009/279129 , de la AP de Madrid, sección 22, de 13 de octubre de 2009, de la AP de Tenerife, sección 1, de 14 de septiembre de 2009 EDJ 2009/273996 , Auto de la AP de Tenerife, sección 1, de 28 de septiembre de 2009, y Sentencia de esta misma Audiencia de León, sección 2ª, de 17 de mayo del 2006 EDJ 2006/110358 , entre otras.

Por lo expuesto también este motivo de recurso debe ser rechazado.

CUARTO.- Por lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia recurrida, sin que, dada la naturaleza del procedimiento, y ante las dudas que en supuestos como el de autos plantea el establecimiento de un régimen de visitas paterno-filial y conceptualización de los gastos extraordinarios, haya lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de general aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª Alejandra, contra la sentencia dictada, con fecha 30 de abril de 2009, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número cuatro de los de León, en autos de Juicio de Divorcio núm. 1480/08, de los que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos aquélla en su integridad, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Dése cumplimiento, al notificar esta sentencia, a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y, con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 24089370022010100100