

Resumen

Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada y estima parcialmente el interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, que acuerda el divorcio de los litigantes y sus efectos, confirmando la cuantía de la pensión alimenticia por ser adecuada y proporcional. Acoge la Sala el recurso del actor al considerar que los gastos de la actividad extraescolar de inglés no son extraordinarios, sin que tampoco se haya acreditado la necesidad por la parte demandada. Por último rechaza la Sala la pretensión de ésta última de prohibir las salidas al extranjero de la menor, ya que no se ha acreditado que exista riesgo de sustracción internacional de la misma, o peligro del cumplimiento del régimen de guarda y visitas.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.461

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.142 , art.145 , art.154 , art.1438

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

En general

Proporcional a ingresos y necesidades

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Limitaciones

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Apelación

Ámbito del recurso

Planteamiento de cuestión nueva

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado
Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.461 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.142, art.145, art.154, art.1438 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394, art.398, art.457 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.11 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.158 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Montesdeoca Santana, en nombre y representación de D. Samuel, contra D^a Tamara, decreto la disolución por divorcio del matrimonio por ellos contraído con fecha 12 de octubre de 1998, en la ciudad de La Habana (cuba), decretando asimismo como medidas inherentes a tal declaración la disolución del régimen económico matrimonial y la revocación de los consentimientos y poderes que por cualquiera de ellos se hubiera otorgado y en concreto los siguientes efectos y medidas definitivas en tanto no se acredite una sustancial alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en esta resolución:

1.- La guarda y custodia de la hija menor del matrimonio se atribuye a la madre, manteniéndose compartida la patria potestad por ambos progenitores.

2.- Establecimiento a favor del padre del siguiente régimen de visitas:

a) Fines de semana alternos desde las 10.00 horas del sábado hasta las 20.00 horas del domingo.

b) Los miércoles de todas las semanas desde las 17.30 hasta las 20.30 horas.

c) Mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano. A tales efectos cabe distinguir los siguientes periodos:

Semana Santa: desde las 11.00 horas del sábado anterior al Domingo de Ramos, hasta las 11.00 horas del Miércoles Santo, y desde las 11.00 horas del Miércoles Santo hasta las 20.00 horas del Domingo de Resurrección.

Navidad: desde las 12.00 horas del 24 de diciembre hasta las 12 horas del 31 de diciembre; y desde las 12.00 horas del 31 de diciembre hasta 13.00 horas del día de Reyes.

Verano: un mes ya sea julio o agosto.

En caso de discrepancia entre los progenitores sobre el periodo de disfrute, el padre elegirá en años pares y la madre en los impares.

Las entregas y recogidas de la menor se verificaran en el domicilio materno.

3.- Se fija, con cargo al padre, en concepto de alimentos a favor de su hija, la cantidad de 220 euros mensuales, los cuales deberán ser ingresadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en el número de cuenta que, a tales efectos, deberá designar la esposa, cantidad que se actualizará anualmente conforme al incremento que experimente el I.P.C, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Igualmente serán de su cargo la mitad de los gastos extraordinarios que genere la menor, entendiendo como tales los de sanidad no cubiertos por la Seguridad Social, y los de educación derivados del inicio del curso escolar (matrícula, uniforme y material escolar), en los que cabe incluir las clases extraescolares de inglés.

Todo ellos sin imposición de las costas causadas. SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 18 de noviembre de 2.009 .

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Iltmo. Sr./a. D./D^a Ricardo Moyano García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hemos de delimitar en primer término cuál es el objeto de debate en esta segunda instancia. En la misma, el esposo, en el presente proceso de divorcio, ha apelado la cuantía de la pensión de alimentos establecida a su cargo y a favor de su hija menor Joana, nacida en enero de 2001, y que se encuentra bajo guarda de la madre, la cual por tanto tiene el derecho de administrar dicha pensión. La sentencia recurrida concedió una suma de 220 # mensuales, y la parte apelante insta su reducción a 180 # mensuales, y excluyendo además del concepto de gasto extraordinario las clases particulares de inglés que actualmente viene recibiendo la menor, respecto a las cuales se obliga al padre-apelante al abono del 50% de su costo.

Por otro lado, la esposa, al evacuar el traslado del recurso, conforme al art. 461 de la LEC EDL 2000/77463 , no sólo se opuso al mismo sino que impugnó determinados pronunciamientos de la sentencia de divorcio: solicita el aumento de la pensión por encima de los 220 #, reclama que se prohíba la salida al extranjero de la menor sin consentimiento materno, y que los periodos de visita en tiempo de verano sean solamente de quince días en julio y agosto, y no de un mes ininterrumpido. Ahora bien, si observamos las actuaciones posteriores al dictado de la sentencia, consta que la esposa preparó recurso de apelación por las dos últimas pretensiones, y que al no presentar dentro de plazo la interposición del recurso ya preparado, se le tuvo por desistida. Esta circunstancia impide, como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones, que la parte desistida aproveche posteriormente el traslado del recurso de la parte contraria para impugnar aquellas pretensiones ya consentidas al no haber formalizado el recurso preparado previamente. Esa conducta supone no solamente un fraude de ley, rechazable conforme al art. 11 de la L.O.P.J EDL 1985/8754 ., sino que además supone una contradicción con los propios actos procesales, y a mayor abundancia, viola la propia literalidad del art. 461-2 de la LEC EDL 2000/77463 , que limita la posibilidad de impugnar la sentencia con ocasión del traslado del recurso de apelación de otra parte procesal a "quien inicialmente no hubiere recurrido", y por tanto excluye a quien ya ha recurrido -haya interpuesto finalmente el recurso, o lo haya solamente preparado-.

En consecuencia, solamente podemos admitir la pretensión de que se prohíban los viajes no consentidos al extranjero de la menor, ya que esa pretensión no fue recurrida autónomamente por la parte apelada.

SEGUNDO.- Sobre la cuantía de la pensión de alimentos, como hemos señalado ya en múltiples resoluciones, la pensión alimenticia de hijos menores sujetos a patria potestad es exigible en términos más extensos que el genérico deber de alimentos entre parientes del art. 142 del C.C EDL 1889/1 ., ya que el deber de vela del art. 154 del CC EDL 1889/1 impone a los progenitores la procura de "una formación integral" a sus hijos. Por otro lado, siendo dos los deudores de alimentos, como sucede cuando ambos progenitores lo son, conforme al art. 145 del CC EDL 1889/1 ha de repartirse la deuda en proporción al caudal respectivo, si bien además ha de tenerse en cuenta que en casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, se habrá de computar en la cuota del progenitor que asume la guarda el trabajo de cuidado personal del menor -art. 1438 del CC EDL 1889/1 por analogía-

mientras que al progenitor no custodio sólo se le podrá valorar dicho cuidado en la reducida medida que comporte el ejercicio del derecho de visitas.

En este caso, como es habitual, la discusión se centra en la determinación de los ingresos de cada cónyuge, negando cada uno de ellos que los ingresos del otro sean los que declara como tales. Así, el esposo-apelante sostiene que no es cierto siquiera que el salario medio de la esposa conforme a la documental aportada sea de 1.200 # mensuales, sino que prorrateadas las pagas extraordinarias es de 1.400 #, y que además no es creíble la reducción de jornada por atención a la hija menor, ya que la crianza de la menor comenzó en el año 2002 y los ingresos sólo han minorado a partir de 2006, constando a la parte que la esposa percibe otros ingresos al margen de su condición de funcionaria; sin embargo, la realidad es que no ha acreditado esos supuestos ingresos extras, y por otra parte, tienen escasa relevancia, ya que, salvo que se objetivara una desproporción considerable entre los ingresos de ambos progenitores, corresponde al cónyuge no custodio atender del orden del 60-70% de los gastos que genera la alimentación de la menor conforme al deber de formación integral específico del art. 154 del CC EDL 1889/1 ., ya que a igualdad relativa de ingresos, se ha de computar a favor del progenitor custodio su trabajo personal de cuidado. Con lo cual, dado que el apelante percibe como profesor de música unos 1.400 # mensuales, sin que tampoco se hayan acreditado por la esposa que perciba ingresos concretos por sus actividades de ejecutante de música en distintos combos profesionales, y sobre una base consensuada de que los gastos de alimentación de la hija son del orden de 360 # mensuales, la cantidad de 220 # mensuales de pensión de alimentos es ajustada a derecho.

Respecto a las clases particulares de inglés, dado que no consta que haya existido consentimiento del padre a esta actividad extraescolar, ni exista una prueba objetiva sobre su necesidad -la hija ha obtenido calificaciones de notable y sobresaliente en inglés, sin que conste la exacta influencia de las clases particulares en el aprovechamiento de la asignatura-, no podemos establecer apriorísticamente que se trata de un gasto extraordinario necesario, ya que por definición además todo gasto extraordinario es el imprevisible. Por tanto, en su caso, tendrá que realizarse una petición específica de abono de tales clases, como del resto de los gastos extraordinarios, justificando su necesidad y recabándose el consentimiento de ambos progenitores o subsidiaria aprobación judicial del gasto.

Por último, en cuanto a la pretensión de la madre de que se prohíban las salidas al extranjero de la menor, no se ha acreditado que exista riesgo de sustracción internacional de la hija, o peligro en el cumplimiento del régimen de guarda y visitas, lo que no puede deducirse del mero hecho de que el padre sea de nacionalidad cubana y que pueda proyectar un desplazamiento estival a su país de origen en compañía de su hija. Naturalmente, de producirse esos elementos de riesgo, deberán adoptarse medidas precautorias incluso de oficio al amparo del art. 158 del C.C EDL 1889/1 .

ULTIMO: Sobre las costas, conforme a los arts. 394 y 398 de la LEC EDL 2000/77463 , dada la naturaleza de la litis y de los intereses de menores debatidos, no se atribuyen.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D./D^a Tamara, contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2008, dictada por el JDO. 1A .INST.E INSTRUCCION N. 3 (REG. CIVIL) de TELDE, 2. Estimar parcialmente el recurso deducido por D. Samuel contra dicha resolución, modificándose la sentencia apelada en el solo particular de no considerar "a priori" gasto extraordinario las clases particulares de inglés, sin perjuicio de que se acredite su necesidad y se reclame su devengo conforme al régimen ordinario de los demás gastos extraordinarios. No se imponen costas de los recursos.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016370032009100585