

## EDJ 2010/107622

AP Madrid, sec. 22ª, S 9-4-2010, nº 238/2010, rec. 1123/2009

Pte: Neira Vázquez, Carmen

### Resumen

*Desestima la AP el recurso de apelación interpuesto por ambas partes litigantes contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda sobre divorcio. Confirma la Sala el pronunciamiento de la instancia, entre otros motivos, al considerar que debe mantenerse la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia al resultar la cuantía fijada proporcional a las necesidades de los menores y dados los ingresos de los progenitores.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.93 , art.94 , art.142 , art.145 , art.146

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ALIMENTOS

##### PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

#### MATRIMONIO

##### INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Favor "filii"

Otras cuestiones

### FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

#### Legislación

Aplica art.93, art.94, art.142, art.145, art.146 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

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

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

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de julio de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Alcobendas se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:" FALLO: Que ESTIMANDO como estimo la demanda formulada por Dª Carolina, representada por la Procuradora Sra. Hoyos Hoyos, contra D. Mateo, representado por el Procurador Sr. Fernández Fernández, debo DECLARAR Y DECLARO DISUELTO por DIVORCIO el matrimonio formado por los cónyuges citados, celebrado en Cangas de Onís (Asturias) el día 29 de agosto de 1992, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, incluida la revocación de todos

los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, y el cese de la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, y en especial las siguientes medidas complementarias:

1.- La disolución del régimen económico matrimonial, si procediere, cuya liquidación podrá solicitarse por cualquiera de las partes.

2.- La atribución de la GUARDA Y CUSTODIA de las hijas menores a la madre, manteniéndose la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad de forma que los progenitores habrán de actuar de cosuno en todas aquellas cuestiones relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de las menores, absteniéndose de adoptar decisiones unilaterales que perjudiquen el interés prioritario de las hijas.

3.- El padre podrá estar con sus hijas y tenerlos en su compañía, a falta de acuerdo entre los progenitores y con el carácter de mínimos, conforme al siguiente REGIMEN DE VISITAS:

- 3.1. Dos tardes a la semana - las de martes y jueves-, desde la salida del colegio, donde el padre recogerá a las menores, hasta las 20:00 horas, en que las devolverá al domicilio familiar.

- 3.2. Fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes, donde el padre recogerá a las hijas, hasta las 14:00 horas del domingo, en que las devolverá al domicilio familiar. Cuando exista una festividad unida anterior o posterior al fin de semana o unida a este un puente reconocido por el centro escolar donde cursen sus estudios las menores, se considerará este periodo agregado al fin de semana con el progenitor que corresponda. En este caso, si la festividad es anterior las menores serán recogidas por el padre en el domicilio familiar a las 12:00 horas, y si es posterior serán entregadas por el padre en el domicilio familiar a las 14:00 horas.

- 3.3 La mitad de las vacaciones escolares de Navidad conforme a los siguientes periodos: a) desde las 10:00 horas del día siguiente al comienzo de las vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre y b) desde las 20:05 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del día anterior al de fin de las vacaciones escolares, correspondiendo a falta de acuerdo la elección del periodo al padre los años impares y a la madre los pares, y debiendo notificarse al otro al menos un mes antes del inicio de disfrute del periodo. Las menores en este caso serán recogidas y reintegradas al domicilio familiar en las horas indicadas.

- 3.4. La Semana Santa completa alternativamente para cada progenitor, correspondiendo a la madre los años pares y al padre los impares, a falta de acuerdo. El padre recogerá y reintegrará a las menores cuando le corresponda el disfrute del periodo en el domicilio familiar. La recogida se llevará a cabo a las 12:00 horas del primer día de disfrute que le corresponda y la entrega a las 14:00 horas del último día de disfrute que le corresponda.

-3.5. Un mes en verano, julio o agosto, correspondiendo a falta de acuerdo la elección del periodo al padre los años impares y a la madre los pares y debiendo notificarlo al otro progenitor al menos en el mes de abril de cada anualidad. El padre recogerá y reintegrará a las menores en el domicilio familiar. La recogida se llevará a cabo a las 12:00 horas del primer día de disfrute que le corresponda y la entrega a las 14:00 horas del último día de disfrute que le corresponda.

Los padres habrán de cuidar de que los traslados se hagan en la forma menos traumática posible para las menores y deberán facilitar la comunicación de estas con el otro cuando estén disfrutando de su compañía, teniendo siempre en cuenta el prioritario interés de las hijas, sus horarios y el desarrollo cotidiano de su vida. Para el mejor disfrute de este derecho cada progenitor deberá facilitar al otro la dirección y teléfono en que las menores van a permanecer durante las vacaciones o el fin de semana, facilitando el contacto telefónico con ellas.

4.- En concepto de pensión de ALIMENTOS en favor de las hijas menores de edad el padre abonará la cantidad mensual de SETECIENTOS CINCUENTA (750) euros para cada una de ellas. Dicha cantidad se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que indique la madre, sin que sea admisible otra forma de pago, y se actualizará, sin necesidad de requerimiento previo, cada primero de año, en la misma variación que experimente el Índice de Precios al Consumo del ejercicio anterior aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Al tener encomendada la madre la guarda y custodia de las menores será ella quien administre sus necesidades.

El Sr. Mateo deberá asumir el 50% del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, el 50% de los impuestos, seguros y derramas que deriven del uso y propiedad de la vivienda, y el 50% de los gastos extraordinarios de las hijas - educativos (actividades extraescolares, apoyo al estudio, campamentos, excursiones - no la matrícula, ni el material escolar, ni el uniforme, ni los gastos de comedor que forman parte de la pensión de alimentos), médicos, odontológicos o farmacéuticos (no cubiertos por seguro público o privado), previa notificación al otro del hecho que provoca el gasto, salvo casos de extreme urgencia, o autorización judicial en caso de desacuerdo.

5.- se atribuye a las hijas menores de edad, y a la madre en cuya compañía quedan, el USO Y DISFRUTE del domicilio familiar, sito en Alcobendas, Paseo de la Chopera, núm. 156, con el ajuar y enseres domésticos que en ella existan, del que se hará inventario, y pudiendo retirar el esposo, si no lo ha hecho ya, y previo inventario, sus enseres y objetos de uso personal.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas".

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma se formalizó recurso de apelación por la representación legal de ambas partes previos los trámites oportunos, se han remitido los autos a esta Superioridad, ante la que han comparecido ambas partes, sustanciándose los recursos por sus cauces legales y quedando los autos listos para deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se fije una pensión de alimentos de 2700 por las tres hijas hasta la independencia económica y que se consideren gastos extraordinarios además de los que indica los uniformes, libros y material escolar del colegio, clases extraescolares y ayudas en los estudios, las clases extraescolares y ayudas en los estudios, viajes de estudios, cursos o campamentos tal y como se instan y alega que desde que el padre se fue de casa en marzo de 2007 ha estado pagando hasta agosto de 2008 el colegio de la hija mayor, gastos de la Comunidad de la vivienda familiar y de la plaza de garaje, gastos de electricidad, gas, tf., Internet, etc.. Y significa además que ha entregado a la madre 2000 euros; y señala que el padre tiene un rendimiento neto de 97451,45 euros y los de la madre en el año 2005, fueron de 54.21632 euros, y recuerda que la madre ha de hacer frente a los gastos de Comunidad, luz, tf, gas y significa el sueldo de la empleada de hogar fijar que asciende a 750 euros. Pone de manifiesto que las mellizas están prematriculadas en el citado centro desde hace mucho tiempo y reseña que la madre de las niñas madruga todas las mañanas para llevar a sus hijas pequeñas personalmente al colegio. Refiere que el régimen de visitas que se establezca con los hijos no debe perturbar el devenir normal de la vida del niño.

Por el MF pide se confirme la sentencia y alega que es conforme a las necesidades del alimentista.

Por su parte D. Mateo pide que se fijen 350 euros al mes para cada uno de las hijas o en el supuesto de que la misma se entienda que es insuficiente se señale la obligación de la madre de contribuir económicamente también a la prestación de alimentos en la cuantía que la Sala fije y en cuanto a las visitas que se mantenga y que sea el viernes, la tarde, y otro día entre semana a fijar de mutuo acuerdo entre los padres con el compromiso de avisarle con la anterioridad suficiente que por la Sala se determine y alega que las hijas acuden a una guardería recordando que la esposa obtiene 3000 euros al mes de ingresos y señala que el abona 1000 euros por el alquiler de la vivienda. Pone de manifiesto que viaja con frecuencia por España y el extranjero.

Se presenta oposición.

SEGUNDO.- Se cuestiona por el ahora recurrente el RV del padre con las hijas de 11 y 6 años de edad como nacidas el 6 de noviembre de 1998 y 20 de noviembre de 2003.

La resolución del litigio ha de hacerse conforme al art. 94 del C.C EDL 1889/1 ., y la ley de protección jurídica del menor de 1996, entre otras normas, que regulan la cuestión relativa a tales comunicaciones y visitas, el primero de cuyos preceptos establece que "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"

Constituye este complejo derecho-deber un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió.

La adopción de la medida requiere atender, a muchos diversos factores, entre los que cabe destacar, entre otros: la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.,.

Y con tales presupuestos legales y doctrinales es claro que la cuestión planteada con relación a tales visitas ha de ser mantenida en los términos señalados en la sentencia apelada si tenemos en cuenta los criterios de beneficio del menor habida cuenta que al margen de las conveniencias o pretensiones del ahora recurrente las necesidades o exigencias de las hijas en orden a su estabilidad o regularidad en las visitas o la planificación de la progenitora custodia de tales encuentros y la acomodación a sus horarios y quehaceres cotidianos determina la pertinencia del sistema establecido, debiendo señalar que las visitas no pueden quedar al arbitrio de una de las partes y todo ello sin perjuicio, lógicamente de los acuerdos que puedan alcanzar las partes en el interés común de las hijas, lo que determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la sentencia recurrida.

TERCERO.- Y se cuestionan los alimentos por ambas partes la madre pretendiendo su incremento y el padre su reducción.

Tal cuestión objeto de debate ha de resolverse conforme a las previsiones de los arts. 93, 142, 145, 146, ss. y concordantes, todos ellos del Código Civil EDL 1889/1 , que disponen y regulan la pensión de alimentos conforme a unos criterios determinantes cuales son las exigencias de equilibrio y proporcionalidad entre de una parte los recursos del obligado al pago, éstos siempre de carácter objetivo, y las necesidades del alimentista, de condición subjetiva o relativa, en cuanto su cuantificación dependerá de otros varios factores, entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar y valorando dichas necesidades por el nivel de satisfacción obtenido por la cobertura de otras necesidades más básicas o elementales.

Con tales presupuestos se estima conforme a derecho y a las circunstancias del caso la fijación de la pensión alimenticia en la sentencia apelada si tenemos en cuenta la prueba practicada en las actuaciones manifestando la ahora recurrente en el acto de la vista oral que su nómina no llega a 3000 euros, que ella también ha estado pagando a las chicas, que siempre han tenido la idea de que las niñas fueran al mismo colegio que la hija mayor, que hay meses que se juntan seguros o actividades en el recibo del colegio y que en esos casos el recibo alcanza los 900 euros.

En efecto las nóminas de la madre se cifran en 2739,52 euros, 2810,48 euros.

En lo que concierne a los ingresos del obligado al pago se acredita en los autos entre otros datos que el año 2006 tiene un rendimiento neto en la declaración del Impuesto de la renta de las personas físicas de 105.288,32 euros siendo su actividad la de redactor jefe en el diario el País. Se prueba por el dato incorporado al folio 295 de los autos que el recurrente tiene unos ingresos de 117494,09 euros,

derivados de su actividad laboral, correspondiente por otros conceptos cantidades de 764,200 euros y 600 euros; y se incorporan nóminas de 4363,41 euros, 4256.10 euros, 4377,63 euros. Además aquellas declaraciones tributarias acreditan la existencia de participaciones diversas que se cifran en 202.400 euros, 186.318 euros, acciones de Banesto o Telefónica o diversos productos bancarios que se documentan al folio 209 de los autos; Asimismo hay que señalar que en orden a los gastos el recurrente tiene que afrontar un alquiler de 1050 euros al mes al mes para cubrir sus necesidades de alojamiento. Se prueba también que el ahora recurrente abona la mitad de la hipoteca que alcanza un importe de 928,08 euros.

En lo que se refiere a las necesidades de las hijas los recibos del colegio de la hija mayor alcanzan entre otros, un importe de 741 euros, siendo la enseñanza reglada de 428 euros, el abono del autocar se cifra en 153 euros y el del comedor es de una cuantía de 168 euros, siendo el importe del comedor de las dos mellizas de 87, 36 euros, si bien las mismas han sido prematriculadas en el colegio Base de la hija mayor, folio 96 de las actuaciones. Se documenta en los autos que la empleada del hogar recibe unos ingresos de 700 euros al mes.

Con todos estos datos la Sala estima conforme a derecho y a las circunstancias del caso la cuantía establecida, debiendo confirmar la sentencia y desestimar así este recurso de apelación por ser la cuantía equilibrada y proporcionada a los datos examinados no pudiendo establecer a cargo de la madre cuantificación alguna por no ser ello acorde a las exigencias propias de los artículos 93., ss. y concordantes del CC., y recordando en todo caso que la progenitora custodia contribuye a los alimentos con el cuidado cotidiano de las menores y su satisfacción de esta forma a las cargas familiares. Se desestima ambos recursos y se confirma la sentencia.

CUARTO.- Y se pretende que los gastos extraordinarios se fijen en los términos que se instan.

Sobre ello hay que señalar lo que ya dijo este Tribunal entre otros en auto de 6 de octubre de 1998: "En, consecuencia y con carácter de generalización habremos de considerar en relación con la cuestión hoy controvertida que los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquéllos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de 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.

Y todo ello sin perjuicio de lo que las partes, cual acaece en una litis matrimonial, puedan considerar extraordinario, modificando o matizando el referido concepto genérico, a través de sus propios actos (artículo 7º del CC EDL 1889/1 ..), o de la pactación formulada al amparo del artículo 90 del CC EDL 1889/1 .., y sobre la base genérica del principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada que consagra el artículo 1255 del referido texto legal."

Por ello la reseña y desglose que ha realizado la sentencia apelada es conforme a derecho y a lo anteriormente indicado no siendo de estimación la solicitud que se formula en orden a la inclusión de otros conceptos que escapan de esta determinación, al pretender incluir cuestiones que conciernen a la pensión alimenticia como uniformes, libros, material escolar o similares.

Se confirma pues la sentencia recurrida y se desestima el recurso planteado.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , dada la naturaleza de la cuestión debatida y circunstancias concurrentes y dada la desestimación de ambos recursos de apelación, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

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

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Dª Carolina y desestimando el recurso de apelación formulado por D. Mateo contra la Sentencia dictada en fecha 28 de julio de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Alcobendas, en autos de divorcio seguidos bajo el núm. 124/08, entre dichos litigantes, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y con las indicaciones sobre necesidad del depósito para recurrir contempladas en la disposición adicional decimoquinta de dicho texto legal, según reforma operada por Ley Orgánica 1/2009 EDL 2009/238888 , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

Publicación.- En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la sentencia por la Ilma. Magistrada Ponente Dª Carmen Neira Vázquez; doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222010100240