

EDJ 2010/98320

AP Madrid, sec. 24ª, S 8-4-2010, nº 406/2010, rec. 1220/2009

Pte: Hernández Hernández, Rosario

Resumen

Contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró el divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; la AP revoca el pronunciamiento, al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor, acordando fijar alimentos a favor del hijo y a cargo de la madre. Mantiene la Sala, entre otros motivos, el régimen de visitas fijado a favor del progenitor no custodio, por el órgano "a quo", dado que cualquier medida que se adopte respecto de los menores debe tener presente como interés mas digno de protección el de estos, incluso frente al de sus progenitores, pues todas las resoluciones judiciales habrán de adoptarse con el fin de lograr el desarrollo armónico tanto físico como psíquico de los citados menores, y resultando un régimen de visitas fluido, permitiendo las relaciones paternofiliales y primando el interés de los menores; máxime cuando dicha petición se ha efectuado de forma extemporánea.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.412 , art.751

Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.
art.3

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.39.3

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.93 , art.94 , art.96 , art.110 , art.143 , art.154.1 , art.160

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTOS PROPIOS

SEGURIDAD JURÍDICA

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

IMPUESTOS Y TASAS

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges

Supuestos diversos

Régimen de visitas

Favor "filii"

Otras cuestiones

Otros supuestos

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Apelación

Procedimiento

Inadmisión

Fuera de plazo

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.412, art.751 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.3 de Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.

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

Aplica art.93, art.94, art.96, art.110, art.143, art.154.1, art.160 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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

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

Cita art.10 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Obligación de ambos cónyuges, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Navarra de 22 abril 2002 (J2002/19456)

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.- Que en fecha de 21 de abril de 2009, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Estimando en parte la demanda formulada proa. Florian, REPRESENTADO POR LA Procuradora Sra. Gales Záfara, contra Dª Genoveva, REPRESENTADA PROLA Procuradora Sra. Jiménez Rebollo, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y en particular los siguientes:

1) Se atribuye a la Sra. Genoveva la guarda y custodia de la menor Azucena y al Sr. Florian la guarda y custodia del menor Luis Pedro, manteniéndose la patria potestad compartida sobre ambos menores.

2) La Sra. Genoveva podrá visitar al menor Luis Pedro y tenerle en su compañía los sábados y domingos defines de semana alternos, por espacio de dos horas, visitas que se llevarán a efecto en el punto de encuentro más cercano al domicilio del menor y bajo la supervisión de los profesionales del mismo.

3) El Sr. Florian podrá visitar a la menor Azucena y tenerla en su compañía los fines de semana alternos en que la Sra. Genoveva y el menor Luis Pedro no tengan visitas, desde las 21,00 horas del viernes a las 20,00 horas del domingo, mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, eligiendo periodo, en caso redesacuerdo, la made los años impares y el padre los pares.

4) Se atribuye a la menor Azucena y a la madre el uso y disfrute del hogar conyugal, sito en C/ DIRECCION000 núm. NUM000, esc izda. Piso NUM001 de Móstoles.

5) El Sr. Florian deberá abonar a la Sra. Genoveva en concepto de alimentos a favor de la hija menor del matrimonio Azucena, la cantidad de SEISCIENTOS (600 #) MENSUALES, cantidad pagadera por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días cada mes en la cuenta corriente que designe la madre y actualizable anualmente con efectos de 01 de enero, conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que le sustituya. Viniendo obligados ambos progenitores a sufragar por mitad los gastos extraordinarios y necesarios que en materia de salud y educación devenguen los menores.

6) Ambos litigantes deberán sufragar al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, así como el IBI de la misma.

No ha lugar a hacer pronunciamiento sobre las costas."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Florian, mediante escrito de fecha 22 de junio de 2009, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada, Dª Genoveva, mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha 21 de julio de 2009 al que nos remitimos.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor en proceso de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 21 de abril de 2.009, deduciendo en el suplico de su escrito de recurso las siguientes pretensiones:

1º.- En orden al régimen de visitas paternofiliales, que la elección del periodo vacacional según regla par o impar, deberá ser notificada al otro progenitor el mes antes del inicio de las vacaciones y antes del 1 de junio en verano, de no notificarse en plazo, pasará el derecho a elegir al otro progenitor.

2º.- En cuanto al uso del domicilio familiar, se atribuya alternativamente a los progenitores por 6 meses, o, subsidiariamente a la hija y madre hasta que se interponga la demanda de formación de inventario para la liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron.

3º.- En relación a las pensiones alimenticias, que cada progenitor sufrague los gastos del hijo que tiene bajo su custodia, sin nada abonar por el otro, o, subsidiariamente, se fije para cada hijo, con cargo al progenitor no custodio, la cantidad de 200 # mensuales.

4º.- Respecto a los gastos extraordinarios, se establezca como tal, a abonar al 50 % por ambos progenitores, sin necesidad de previo consentimiento, las clases de tenis de alto rendimiento de Luis Pedro, hijo común de los litigantes.

5º.- Se abonen al 50 % las cargas familiares relacionadas por la contraparte en el hecho décimo primero de su escrito de contestación a la demanda, con excepción del recibo de comunidad de propietarios ordinaria correspondiente al domicilio familiar.

Todo con imposición de las costas de la alzada a la recurrida.

El Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso, solicitando se revoque la resolución disidente en el solo aspecto de fijar alimentos a favor de la hija Azucena y a cargo del padre, considerando que cada progenitor deberá sufragar los gastos del hijo que queda bajo su guarda.

La contraparte se opone al recurso, solicita su desestimación, la confirmación íntegra de la sentencia apelada, y la imposición de las costas de la alzada al recurrente.

SEGUNDO.- Como quiera que el primero de los motivos de recurso va referido a aspectos relativos al sistema de contactos entre menores de edad y su respectivo progenitor no guardador, se ha de reseñar que en esta materia el interés del menor es el principio esencial que debe atenderse, básicamente en aplicación de los artículos 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 . Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

En esta línea, debe de recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art.751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , 94 y 160 esencialmente del Código Civil EDL 1889/1 , que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil EDL 1889/1 . Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con

respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744 , como principio general que debe informar su aplicación. "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E EDL 1978/3879 . así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil EDL 1889/1) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendida esta premisa, ha de puntualizarse que para la adecuada consecución de estabilidad familiar, personal, social, escolar y de todo orden de un menor, es necesaria la referencia del progenitor no custodio, de cuya presencia se ve privado el hijo ahora en lo cotidiano, por consecuencia de la crisis del matrimonio, de manera que solo de concurrir razones graves, o incumplimientos también graves y reiterados, procede imponer restricciones a las comunicaciones y contactos (artículo 94 del vigente Código Civil EDL 1889/1), siendo lo adecuado diseñar, desde lo general, y en previsiones de mínimos, en sede de proceso, el óptimo régimen de visitas que compense o contrarreste tal ausencia y permita contar con la adecuada presencia paterna, en función de las concretas circunstancias concurrentes, para garantizar el mantenimiento del vínculo afectivo entre el progenitor no custodio y el hijo, o a restaurarlo, fomentando el apego.

Desde lo general y en previsiones de mínimos, el sistema de comunicaciones paternofiliales diseñado en la instancia, responde a esta finalidad de garantizar a los menores la precisa referencia de la figura del progenitor del que se ve privado en lo cotidiano por razón de la crisis del matrimonio, y del que necesita para la consecución de la estabilidad en todo orden y pleno desarrollo, sin que sean necesarias otras puntualizaciones, como la pretendida, que implican una excesiva judicialización del conflicto, para hacerlo extensivo a los más nimios detalles, lo que es improcedente y contraproducente, sin perjuicio, claro está, de los pactos que al respecto las partes alcancen extrajudicialmente en beneficio de sus propios hijos, y en el bien entendido que no es dable inflexibilidad que derive de quedarse en la semántica, de concurrir factores que justifiquen otros criterios de desarrollo, a los que ahora no podemos responder, pues dependerán en exclusiva de la casuística, debiendo en sede de proceso limitarnos a lo general, esto es, a lo conveniente para la mayor parte de los sistemas de visitas paternofiliales, y al beneficio superior de los menores, invitando en lo restante a los adultos al diálogo, reiteramos, en beneficio de Luis Pedro y Azucena, menores hijos de estos litigantes.

Procede por ello desestimar el motivo de recurso, con confirmación de la sentencia de instancia, toda vez que es conforme al ordenamiento jurídico, cautelosa, sensible, y acorde al favor filii, sin que procedan otros pronunciamientos, máxime cuando la petición que se deduce ahora en el recurso, se hace extemporáneamente, pues no se formuló oportunamente en la instancia, de donde ahora en el recurso, al formularla, varía el actor inadecuada y extemporáneamente la litis, yendo contra sus propios actos, e infringiendo lo dispuesto en el artículo 412 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 .

TERCERO.- La solicitada alternativa atribución a los progenitores por periodos de 6 meses del uso del domicilio familiar, o, subsidiariamente limitación de la asignación a la interposición de la demanda de formación de inventario, ha de correr igual suerte desestimatoria que la anterior.

Tal cuestión se ha resuelto por la Juez "a quo" en consonancia con las previsiones del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , a cuyo tenor:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

A la luz de dicho precepto, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse, en interés de los hijos menores de edad, y no tanto en beneficio de uno u otro de los consortes, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le haya confiado la guarda y custodia.

Es acertada esta postura del legislador de dar preeminencia a los hijos a la hora de decidir sobre el uso de la vivienda familiar, ya que sus intereses son los más necesitados de protección, y asimismo, es lógico que atraigan hacia sí al cónyuge que va a convivir y cuidar de ellos, pues de ese modo se consigue una cierta continuidad en la cohesión familiar, remediando, en la medida de lo posible, el quebranto de la convivencia familiar. Quedará el uso de la vivienda familiar para los hijos y se aprovechará de ello el progenitor al que se le confíe

su cuidado, evitándose así que la prole inicie tras la separación de sus padres, una peregrinación domiciliaria (en este sentido, sentencia de esta misma Audiencia, entre otras muchas, de 24 de marzo de 2.006).

La Juez ha resuelto lo procedente en este caso, en el que cada uno de los hijos ha quedado bajo la guarda y custodia de diferente progenitor, habiendo atendido al interés del núcleo monoparental más desfavorecido, que es en este caso el materno, cuyos recursos económicos son inferiores, y cuando el progenitor masculino abandonó el domicilio familiar con el hijo, reconociendo que el de este no era interés necesitado de mayor protección, presentando Luis Pedro adecuadamente cubierta con una en régimen de alquiler, su propia necesidad de vivienda.

Consecuentemente con ello, y no desvirtuadas en el supuesto de autos las presunciones de interés más necesitado de protección en que se sustentan los presupuestos del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , y que favorecen a la hija Azucena y a su progenitora custodia, ha de ser confirmada también en este punto la sentencia de instancia, garantizando al tiempo para ambos hijos esa continuidad de la cohesión familiar a la que se hizo antes referencia, con mantenimiento del actual entorno de los menores, como pueda ser su centro de escolarización, permitiendo la conservación del círculo de amigos, compañeros de juego, pediatra que los asista médicamente, vecinos.etc., de lo que se verían privados sin duda de revocar la atribución de uso, para concederle alternativo por periodos semestrales, que conllevaría frecuentes alteraciones de entorno por el rotativo cambio domiciliario, con el consiguiente riesgo de desestabilización.

No procede tampoco imponer otro límite a la atribución del uso tan repetido, que no sea el de la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, o la desaparición de las causas determinantes de la asignación.

CUARTO.- Por lo que respecta a las pensiones alimenticias a favor de los menores, se resuelve en la disentida fijar a favor de Azucena y a cargo del progenitor masculino, 600 # mensuales, sin establecimiento de cantidad alguna a favor de Luis Pedro a costa de la progenitora femenina.

Este motivo de recurso ha de ser parcialmente estimado, para acordar, como se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución, que la progenitora femenina abonará a favor de Luis Pedro, en la cuenta que el padre designe, 300 # mensuales, abonables y a actualizar en los términos previstos en la instancia para la pensión fijada a favor de Azucena, y con efectos desde la fecha de la resolución disentida.

Al ser este hijo menor de edad, nos encontramos en presencia de materia de orden público, de ius cogens o derecho necesario, en la que es preceptivo el establecimiento de pensión alimenticia a favor de este niño y a cargo de la progenitora no guardadora, de donde no se incurre en incongruencia alguna, ni extra, ni ultrapetita, con la discutida fijación de pensión alimenticia.

Así las cosas, las necesidades de este hijo vienen a ser prácticamente las mismas, en orden a las ordinarias y corrientes, que las de su hermana Azucena, la necesidad de vivienda ha de cubrirse en una de alquiler, con el consiguiente coste, en el que, proporcionalmente habrá de participar Luis Pedro, y este realiza además actividad extraescolar de tenis de alto rendimiento, de donde la cantidad que se fija es proporcionada a las necesidades vistas, y puede ser perfectamente sufragada por la madre, que dispone de trabajo estable que le reporta salario del orden de los 1.800 # mensuales netos, sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias, y cubre su necesidad propia de vivienda en la familiar sin coste adicional alguno por tal concepto, por lo que este aporte es modulado y no va en detrimento de la pensión paterna a favor de Azucena, que queda con la madre.

El progenitor masculino también ha de contribuir proporcionalmente a los alimentos de este hijo, no solo de manera material y directa, sino incluso económicamente, dando así cumplimiento a la obligación que le viene impuesta en los artículos 93, 110, 143 y siguientes, y 154.1, todos ellos del Código Civil EDL 1889/1 .

Ha de ser mantenida la contribución paterna a los alimentos de la hija Azucena, que es acorde a las necesidades de la menor, y proporcionada a la capacidad económica del padre, considerablemente superior a la de la progenitora femenina, al contar con una nómina también regular y estable, de 3.300 # mensuales netos sin incluir la prorrata de las 3 pagas extraordinarias que percibe.

QUINTO.- La pretensión relativa a gastos extraordinarios no puede correr igual suerte estimatoria que la anterior, toda vez que ahora el actor ha variado extemporánea e inadecuadamente la litis, formulando una solicitud no deducida oportunamente en la demanda, en cuyo suplico se limitó a interesar se sufragaran al 50 % los gastos extraordinarios, sin hacer precisión de ninguno, yendo así en el recurso contra los propios actos, y contraviniendo el contenido del artículo 412 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 , en cuya virtud se prohíbe el cambio de demanda y se establecen las modificaciones admisibles, proscribiendo la mutatio libelli, al expresar en su número primero que establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

Ello determina sin más la desestimación de este concreto motivo de recurso, sin necesidad de mayores argumentos, no obstante, a mayor abundamiento, se considera conveniente hacer referencia al criterio de la Sala en orden a gastos extraordinarios.

Decíamos en nuestra resolución de fecha 21 de mayo de 2003:

"Aún cuando no exista un concepto de gastos extraordinarios, la jurisprudencia considera como tales, ver sentencias de esta Audiencia Provincial de 6 de octubre de 1998 y 10 de julio de 2001, 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 de estar 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". De similar forma se expresa la sentencia de 22 de julio de 2002, cuando indica que es gasto extraordinario el que "tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la vida del menor, en el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica y clínica, o por razón de la necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica, y sin perjuicio de

valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución, de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, se resolverá la cuestión, en el supuesto en el que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando

entonces la intervención judicial". En el mismo sentido, la sentencia de la AP de Navarra de 22 de abril de 2002 EDJ 2002/19456 . La sentencia de la AP de Tenerife de 22 de mayo de 2002, indica que son los que ostentan las notas "de no poderse prever como futuros normales". Por su parte, la sentencia de 14 de octubre de 2001, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, reputa como tales "los distintos de los ordinarios, habituales y previsibles, no comprendidos, por tanto, en la pensión fijada para alimentos".

En definitiva, los gastos extraordinarios susceptibles como tales de ser objeto de reclamación en el propio procedimiento matrimonial, o incluso, en el trámite de ejecución de sentencia, son los que, por no ser previsibles, no pudieron ser considerados al tiempo de dictarse la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, sin que podamos atribuir tal consideración jurídica para generar una reclamación de esta clase, a los ordinarios, perfectamente previsibles en cuanto conforman gastos que necesariamente han de generarse por su condición de ineludibles.

Sobre la base de lo razonado, no podemos aceptar que puedan tener la naturaleza de extraordinarios, todos aquellos que por su habitualidad, son perfectamente previsibles y es conocida de antemano su cuantía, no puede conceptuarse de extraordinario el gasto que derive de tenis de alto rendimiento, cuando se venía ya realizando antes de la crisis del matrimonio, luego no es en modo alguno un gasto que surja de improviso, imprevisto e imprevisible, por el contrario es periódico, por lo que se ha de incluir en el pago de la pensión alimenticia ordinaria, y se ha considerado en la presente para su cuantificación.

SEXTO.- El final motivo de recurso, que se circunscribe a la contribución de ambos ex consortes al levantamiento de cargas, ha de ser estimado en los términos en que se interesa en el suplico del escrito de recurso, con respeto a los principios de rogación, dispositivo, e igualdad de armas en el proceso.

El actor en el suplico de su escrito generador del proceso, solicitó que las cargas matrimoniales se sufragaran al 50 % por ambos cónyuges, y describió como tales el IBI de la vivienda familiar, la comunidad de propietarios de las plazas de garaje de carácter ganancial, el IBI de estas, la comunidad de propietarios del trastero, IBI de dicho trastero y Seguro.

Por su parte la demandada al contestar y oponerse a la demanda, solicitó en el suplico del correspondiente escrito, que todos los gastos comunes fijados en el expositivo décimo primero del mismo, se abonaran por mitad por ambos cónyuges. Incluyo en dicho expositivo no solo la hipoteca de la vivienda familiar, sino también el IBI de esta, Seguro, comunidad de propietarios e IBI de las 3 plazas de garaje, comunidad de propietarios e IBI correspondientes al trastero, y, finalmente, el recibo cuatrimestral del parking de caravanas.

Consecuentemente con ello, habrá de ser estimado el recurso, para acordar que merítadas cargas, por anuencia de las partes, habrán de ser satisfechas por ambos en proporciones del 50 %, hasta el momento de la efectividad de la liquidación de la sociedad legal de gananciales de estos litigantes.

SÉPTIMO.- Al ser estimado parcialmente el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Florian, representado por la Procuradora D^a ROCIO MARTIN ECHAGUE, contra la sentencia de fecha 21 de abril de 2009, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Móstoles, en autos de Divorcio número 110/08; seguidos con D^a Genoveva, debemos REVOCAR y REVOCAMOS en parte la expresada resolución ACORDANDO:

1º.- Se establece pensión de alimentos a favor de Luis Pedro y a cargo de su madre, en importe de 300 # mensuales, a ingresar en la cuenta que al efecto designe el padre, abonables y a actualizar en la forma que viene establecida en la instancia para los alimentos de Azucena a costa del padre, y con efectos desde la fecha de la sentencia apelada.

2º.- Sufragarán las partes al 50 % los gastos de IBI de la vivienda familiar, Seguro, comunidad de propietarios e IBI de las 3 plazas de garaje gananciales, comunidad de propietarios e IBI correspondientes al trastero ganancial, y el recibo cuatrimestral del parking de caravanas.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. EDL 1985/8754 con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370242010100129