

EDJ 2007/59947

AP Córdoba, sec. 2ª, S 26-1-2007, nº 22/2007, rec. 392/2006

Pte: Caballero Gea, José Alfredo

Resumen

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por el esposo demandado contra sentencia dictada en autos de divorcio, rechazando la atribución al mismo de un régimen de visitas de sus hijos que incluya los días laborales, ya que la salida del colegio, en la actualidad, no es sino en comienzo de otras tareas, que no pueden verse sometidas al deseo del padre, en cualquier día, durante los días que estime conveniente, de estar con ellos nada menos que tres horas en invierno y cuatro en verano; ni se puede acoger judicialmente una ampliación genérica de los fines de semana, en atención a las fiestas o puentes. Ratifica la Sala la mención del pago por parte del padre de los gastos extraordinarios que generen los hijos menores de edad, ya que la decisión de pago por su carácter extraordinario para la fase de ejecución de sentencia plantearía la necesidad de que la madre los afronte previamente bajo un ilimitado derecho del padre a negarse a su abono hasta bien exista resolución judicial al respecto.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.775

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.91 , art.92 , art.93 , art.94 , art.116 , art.142 , art.159 , art.1145

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor del cónyuge

En general

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.775 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.91, art.92, art.93, art.94, art.116, art.142, art.159, art.1145 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

Cita art.39.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Otras cuestiones STS Sala 1ª de 12 febrero 1992 (J1992/1295)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 5 DE CORDOBA, cuyo fallo -en lo que aquí interesa- es como sigue: "Que debo estimar y estimo en parte

la demanda de divorcio interpuesta por D^a Guadalupe contra D. Benito , y debo declarar y declaro la disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por ambos cónyuges, con los efectos legales inherentes y debo aprobar y apruebo las siguientes medidas definitivas:

(...)

2) El régimen de visitas y estancias a favor del progenitor no custodio, a falta de acuerdo, fines de semana alternos, desde las 14 horas del viernes hasta las 19 horas del domingo. Los períodos de vacaciones escolares se distribuyen por mitad entre ambos progenitores, a falta de acuerdo, los años pares corresponde a la madre la primera mitad y al padre la segunda; los años impares a la inversa. En verano el período se divide en el mes de julio y agosto, a falta de acuerdo, los años pares corresponde a la madre el mes de julio y agosto al padre; los años impares a la inversa. La entrega y recogida de los menores se realizará en el domicilio materno, si el traslado es en coche; si el traslado es en tren, se realizará en la estación de Renfe, pudiendo intervenir familiares o personas de confianza de los progenitores.

(...)

4) Los gastos extraordinarios que generen los menores de cualquier índole se abonarán por mitad entre ambos progenitores".

La recurrida, se opone al recurso.

El Ministerio Fiscal se opone parcialmente al recurso:

Primero. Respecto a la contribución a los gastos extraordinarios, "independientemente de lo que se hubiera establecido anteriormente, entendemos, puesto que ambos progenitores cuentan con recursos suficientes, que son los dos los que deben contribuir al 50% a los gastos extraordinarios justificados, ya que no existe ninguna razón que justifique un pronunciamiento contrario".

Segundo. "Respecto a la ampliación de las visitas, dado hasta hace poco tiempo los niños residían con su padre, nos mostramos conformes con la ampliación en los términos interesados por el recurrente, dado que redundan en beneficio de los niños, que podrán disfrutar de su padre, puesto que viven en diferentes localidades y hay que potenciar los vínculos afectivos".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la Representación de D. Benito , que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose traslado de los mismo al Magistrado Ponente para que dictara la resolución procedente.

TERCERO.- Que en la tramitación de las dos instancias de este juicio se han observado las prescripciones legales.

Aceptando los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Régimen de visitas del padre con los hijos menores de edad, en periodos no vacacionales (días intersemanales y fines de semana)

Solicita la parte recurrente que se establezca el derecho del progenitor no custodio, de él, a las visitas intersemanales a los hijos a la salida del colegio, en la Ciudad de residencia, por tres horas en invierno y cuatro en verano, con preaviso de realización de 24 horas. Que se amplíe la estancia de los fines de semana con el padre, en aquellos casos en que antecedan o vayan pospuestos por un día de fiesta o puente no lectivo.

Los hijos habidos en el matrimonio son: Luis Enrique , nacido el 7-2-1993; y Margarita , nacida el 22-6-1997.

D^a Guadalupe , madre de los citados menores, tiene la guarda y custodia de los mismos, y vive en Benalmádena (Málaga).

D. Benito , padre de los citados menores, tiene su domicilio en Córdoba.

Los arts. 91, 92, 94 y 116 CC EDL 1889/1 , reconocen el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de visitarlos, a comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, y encomiendan a la Autoridad Judicial, en defecto de acuerdo de los padres, la adopción de las medidas y régimen de visitas y comunicación con aquéllos, mediante la fijación del tiempo, modo y lugar del ejercicio de ese derecho, teniendo presente siempre que en esta materia el interés prevalente es el de los hijos.

El derecho de visita que el art. 94 CC EDL 1889/1 reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados, como consecuencia de lo acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y la convivencia con aquéllos y se fundamenta en la relación jurídica familiar preexistente entre aquel y sus mentados hijos, constituyendo un aspecto concreto.

El derecho de visita no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores, dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses.

Así, pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y a él queda subordinado, como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el art. 92 CC EDL 1889/1 , en concordancia, asimismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos a tenor del art. 39.2 de nuestra Constitución EDL 1978/3879 y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, por la asamblea general de las Naciones Unidas de 20 octubre de 1989 y ratificada por España por medio de Instrumento de fecha 30 noviembre 1990, B.O.E., 313, de 31 de diciembre de 1990.

Es prácticamente un tópico recordar que el régimen de visitas y estancias con sus hijos del progenitor a quien no se atribuya su guarda y custodia, como consecuencia de la ruptura y al que se refieren los arts. 91 y 94 CC EDL 1889/1 , no tiene otra finalidad que la de posibilitar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, fundamentalmente el que contempla el art. 154.1º del citado

Código , buscando que aquella ruptura no conlleve necesariamente la desvinculación del hijo del progenitor a quien no se atribuya su guarda permanente, propiciando de tal modo el contacto paterno o materno-filial, según los casos.

Debe tenerse en cuenta que el régimen de visitas y estancias no se establece únicamente como un derecho de uno u otro de los progenitores, sino, de modo especial, como un deber de éstos para con los hijos, procurándoles una educación integral (art. 92 C. Civil).

Los arts. 92 y 159 CC propugnan el beneficio de los hijos en la fijación de las correspondientes medidas y régimen de visitas y, como señala la STS de 12 febrero de 1.992 EDJ 1992/1295 , citando otras del mismo Tribunal de 9 marzo de 1.989 y 11 octubre de 1.991, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad, debiendo tenerse en cuenta que la patria potestad y las facultades que la misma comporta de ordinario, se incluye entre los que se denominan derechos- función por la especial naturaleza que les otorga su carácter social.

Las fracturas familiares conllevan consecuencias negativas, en parte inevitables, para los hijos, pero que se han de paliar, dentro de lo posible, por la objetividad judicial, cuando las partes someten a ésta la problemática.

Los hijos lo primero que necesitan para su educación y formación para hacer frente a la vida, es un orden, una estabilidad, una disciplina, la rutina del cumplimiento de sus tareas educativas diarias, en su más amplio sentido. La salida del colegio, en la actualidad, no sino en comienzo de otras tareas, que no pueden verse sometidas al deseo del padre, en cualquier día, durante los días que estime conveniente, de estar con ellos nada menos que tres horas en invierno y cuatro en verano; ni se puede acoger judicialmente una ampliación genérica de los fines de semana, en atención a las fiestas o puentes.

En este punto, es de señalar que no sólo se ha de tener en consideración el interés del padre, sino también de la madre -sobre la que pesa el cuidado diario de los hijos-, cuya vida no puede quedar supeditada a que el padre de sus hijos llame o no con 24 horas de antelación.

Explicita el recurrente que la Sentencia le impide disfrutar de sus hijos los puentes y los días de semana, que pueda viajar a Málaga. No, los hijos no están para que disfrute el padre los días que pueda viajar a Málaga. Los hijos están para criarlos y prepararlos para hacer frente a la vida, y para esto, reiteramos, el régimen ordenado de sus vidas es fundamental.

SEGUNDO.- Naturaleza y abono de los gastos extraordinarios que generen los hijos menores de edad

Solicita la parte recurrente que no deberá hacerse mención e imputación al pago de los gastos extraordinarios de los hijos, debiendo ser objeto de pronunciamiento en ejecución de Sentencia, previo estudio de su naturaleza y circunstancias de los progenitores.

Los gastos extraordinarios serán, en principio, aquellos no comprendidos en el art. 142 del CC EDL 1889/1 , que sienta ya una noción muy amplia de alimentos, con base en la cual se establece en cada caso la extensión o cuantía de la prestación alimenticia debida a los hijos en virtud de los arts. 91 y 93 del CC EDL 1889/1 . No se trata, por tanto, de gastos ordinarios y corrientes en la vida cotidiana, sino que exceden de este ámbito para situarse en la esfera de lo excepcional, bien por su carácter inhabitual, bien por su excesivo coste.

De ahí su esencial condición de imprevisibilidad en el momento de acordarse la pensión de alimentos, que no ha de verse afectada por las normales fluctuaciones que siempre suelen experimentar los gastos ordinarios integrados en dicha obligación, sin perjuicio de la facultad de instar su modificación, cuando se produzca una variación sustancial de las circunstancias, con arreglo a los arts. 91 del CC EDL 1889/1 y 775 de la LEC. EDL 2000/77463

En cualquier caso, estos gastos extraordinarios deben ser decididos por los dos progenitores y previo consentimiento de aquél que haya de satisfacerlos, a no ser que respondan a situaciones de urgente necesidad, debiendo, en principio y salvo acuerdo o resolución en contrario, contribuir ambos al cincuenta por ciento a su sostenimiento.

Con carácter general, la previsión en las sentencias de familia y en los convenios reguladores de que el pago de los gastos extraordinarios de los hijos, se realizará por mitad entre los progenitores, con independencia de la pensión alimenticia ordinaria, que cubriría los gastos más habituales, plantea numerosos problemas en la ejecución, derivados de las dudas que surgen en el momento de calificar como extraordinarios determinados gastos, que, con frecuencia, ya se han devengado y se han hecho efectivos por el progenitor de que se trate, que ejerce por esta vía la acción de repetición del pago entre codeudores de parte alícuota, del art. 1145 CC EDL 1889/1 .

Pues bien, si a la dificultad consustancial a la determinación de los gastos extraordinarios, se añade el complicado y costoso sistema de determinación y pago de tales gastos propuesto por la parte recurrente, en la práctica ello se traduciría que, en la mayor parte de los casos, la madre haría frente a los mismos, por ser ella la que directamente se enfrenta a las necesidades inmediatas de sus hijos, y le sería más gravoso y dilatorio -"en ejecución de sentencia"-, reclamar al padre el 50%, que pagar la totalidad, al menos esto entendido en términos generales.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Costas. Desestimado el recurso, las costas se han de imponer a la parte recurrente, art. 398 LEC EDL 2000/77463 .

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Representación de D. Benito , contra la sentencia que, en fecha VEINTISIETE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL SEIS, dictó la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 5 DE CORDOBA , en los autos de 500/2006, debemos confirmar y confirmamos meritada resolución, con imposición de costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 14021370022007100026