

EDJ 2010/150087

AP Badajoz, sec. 2ª, S 6-7-2010, nº 212/2010, rec. 235/2010
Pte: Carapeto Márquez de Prado, Carlos

Resumen

Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda, la AP estima parcialmente el recurso de apelación formulado por el demandado y desestimando el propuesto por la actora, revocando en parte la resolución impugnada y estimar en parte la demanda. Este Tribunal, entre otros pronunciamientos, considera ajustado a derecho ampliar el régimen de visitas del padre y prevé la estancia de los hijos en su compañía durante los fines de semana alternos, desde la hora de finalización de sus actividades académicas del viernes hasta las veinte horas del domingo, todo ello teniendo en cuenta los informes técnicos necesarios para adoptar las medidas más oportunas en beneficio de la relación paterno filial y del desarrollo afectivo y psíquico de los menores.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.227 , art.408 , art.465.4

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

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

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Condiciones de vida de los progenitores

Preferencia por la madre

Régimen de visitas

Favor "filii"

NULIDAD DE ACTUACIONES

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Apelación

Procedimiento

Sentencia

Reformatio in peius

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.227, art.408, art.465.4 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.394, art.451, art.456.1, art.469, art.477.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.15.8 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 31 marzo 1998 (J1998/1531)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 octubre 1997 (J1997/6855)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 5 mayo 1997 (J1997/3485)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 septiembre 1996 (J1996/6986)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 15 enero 1996 (J1996/14)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

Rollo: 235.10.

Primero-. Se alzan los apelantes interesando la revocación de la resolución dictada en la instancia.

Alegan como motivo de recurso que se ha errado en la valoración de la prueba.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero-. Con el recurso de apelación se transfiere al órgano superior la plena jurisdicción para volver a conocer del asunto planteado en la primera instancia. Dispone la ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 456.1 EDL 2000/77463 , que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, tras nuevo examen de las actuaciones llevadas cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practicara ante el tribunal de apelación". Según esta disposición legal, la revisión que implica el recurso de apelación permite al Tribunal de la alzada conocer todas las cuestiones planteadas en el pleito, salvo aquellas que expresamente hayan sido excluidas por la recurrente.

Segundo-. Conforme dispone el art. 465.4 de la LEC EDL 2000/77463 , la sentencia que se dicte en la alzada deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461, en su caso, sin que pueda perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de la estimación que se haga de la impugnación de la resolución formulada por el inicialmente apelado.

Conforme a tales disposiciones: a) El Tribunal no puede entrar a conocer sobre aquellos pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia que hayan sido consentidos por el litigante al que perjudican, que voluntariamente los ha excluido de la revisión en las alzada, debiendo por ello ser tenido por firmes y con autoridad de cosa juzgada (art. 408 LEC EDL 2000/77463). b) La sentencia dictada en la apelación no pueden agravar la situación que para el apelante resulta de la sentencia dictada en primera instancia; salvo que la parte contraria, adherida al recurso, lo hubiere solicitado expresamente, confirmando así el principio que prohíbe la reformatio in peius.

Tercero-. La facultad de instar NULIDAD DE ACTUACIONES para la corrección de los defectos formales producidos en la primera instancia queda reservada a la parte recurrente, pues la ley prohíbe al Tribunal que de oficio pueda decretarla, salvo en los casos en que apreciara su propia falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiere producido violencia o intimidación que afectare a este Tribunal (art. 227 de la LEC EDL 2000/77463)

Cuarto-. Aunque el Tribunal Superior "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas de aplicación al caso (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1.993, 5 de mayo de 1997 EDJ1997/3485 EDJ 1997/3485 , 31 de marzo de 1998 EDJ 1998/1531 y Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1.996, de 15 de enero EDJ 1996/14), no es menos cierto que no puede ignorarse que, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para su más precisa apreciación y por tanto su mejor valoración en relación a los supuestos de hecho que constituyen el "factum" debatido. De ahí que en materia de apreciación de la prueba debe significarse que, conforme a una reiterada Jurisprudencia, la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1.996 EDJ 1996/6986), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgado de instancia hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde, única y exclusivamente, al Juzgador a quo y no a las partes (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1.997 EDJ1997/6855 EDJ 1997/6855).

Quinto-. En el presente caso la recurrente Africa pretende la revocación parcial de la Sentencia impugnada y que se dicte otra en la que se sigan las indicaciones que obran en el informe psicosocial, dejando la situación actual de visitas vigiladas como fue acordada en los autos, esperando los resultados de los controles que se realicen; se suprima la obligación de llevar a los menores al punto de encuentro durante el periodo vacacional de la madre; se controle el trastorno mental del padre al tiempo de hacer el seguimiento de su drogadicción.

Alegan en esencia en el fallo de la sentencia que realiza una contravención de lo probado y propuesto en el procedimiento al no respetarse el contenido del informe psicosocial realizado por el equipo de apoyo del juzgado; que la recurrente fue condenada por

disfrutar de las vacaciones con sus hijos fuera de Badajoz; en el informe del equipo psicosocial refleja la existencia de un trastorno mental que afecta al padre.

Sexto-. Los informes a los que se refiere la recurrente no tienen efecto vinculante, pero aunque así no fuese, la sentencia se funda en el contenido de los informes técnicos para adoptar las medidas se estima más oportunas en beneficio de la relación paterno filial y del desarrollo afectivo y psíquico de los menores. De otra parte, cuando los controles se dice que desde hace un año hasta el presente han resultado negativos, huelga esperar a nuevos controles que confirmen los anteriores, máxime cuando se tiene previsto la postura a adoptar caso de que en un momento posterior cambiarse el resultado de los dichos controles.

La sentencia impugnada no tiene por acreditado que el padre padezca trastorno mental ninguno que merezca ser controlado, razón por la que resulta improcedente acceder a la petición de que se la controle junto con la drogadicción.

Por último, la referencia que se solicita a la interrupción del régimen de visitas durante las vacaciones de la madre es cuestión que ha sido ya solventada en el auto de aclaración de la sentencia.

Séptimo-. El recurrente Eduardo interesa la revocación parcial de la sentencia.

Alegan en esencia que el domicilio conyugal fue abandonado por ambos esposos, debiendo atribuirse el uso y disfrute al recurrente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales; que no está de acuerdo en que las circunstancias económicas de las partes no hayan variado ni tampoco los gastos de los menores, razón por la que la presión de alimentos de reducirse a 150 # al mes para cada uno de los hijos, debiendo determinarse que gastos pueden considerarse como extraordinarios; que el régimen de visitas no es justo dado que no consta su condición de drogadicto, que las visitas se ha producido con normalidad en el punto de encuentro y no hay razón para que se las limite ni se impida la pernocta, debiéndose ampliar su régimen, además de a los fines de semana alternos y vacaciones por mitad, a un día entre semana, que en caso de discrepancias prueba para adaptador de haber razonada eran los martes desde las 17 horas a las 20 horas.

Octavo-. La pretensión de que se atribuya al recurrente el uso y disfrute de la vivienda de la calle Los Arrayanes es una cuestión nueva suscitada en el recurso, razón por la que no es factible entrar a resolverla, además de que, según reconoce el recurrente, la propiedad corresponde a terceros y ambos esposos abandona con aquella vivienda en un primer momento, con lo que habría de sostener su derecho en el procedimiento correspondiente y frente a los legítimos propietarios.

Muestra su disconformidad por la valoración de que no hayan variado las circunstancias económicas de las partes ni tampoco los gastos de los menores, pero no justifica cumplidamente que la valoración hecha en la sentencia sobre este particular sea manifiestamente errónea, máxime cuando lo entendido por el juzgador de instancia es que las diferencias apreciadas no son sustanciales, y por tal razón las desprecia. Consecuencia de ello es que la pensión fijada como alimentos a los hijos deba mantenerse. Y más cuando el mayor apoyo del recurrente para sostener la oportunidad contraria es que la madre recibe actualmente mayores ingresos, pues los mismos vendrán a mejorar su contribución al mantenimiento de los hijos pero ello no supone que haya de beneficiar la situación económica del padre; el montante de la pensión alimenticia se fija, como es sabido, en atención a la capacidad de quien la presta y a las necesidades de quien la recibe que en este caso no se acreditan reducidas, no en atención a las posibilidades económicas de un tercero.

La determinación de los gastos extraordinarios que pretende el recurrente no puede fijarse con concreción, porque no se les debe dar la amplitud excesiva que sería precisa para que cupiesen en su enumeración todos los supuestos posibles. El carácter extraordinario del gasto, que viene a identificarse precisamente con la imprevisibilidad del mismo, debe valorarse en cada caso concreto.

La ampliación del régimen de visitas en un día a la semana, que pretende la recurrente, ya fue previsto en la sentencia impugnada, con lo que este motivo de recurso no puede prosperar.

En cambio, se dice en la sentencia que, valorando la ausencia de consumo de drogas por el padre, ello sirve de fundamento para estimar sus pretensiones. Sin embargo la sentencia recurrida, que paradójicamente otorga el disfrute de la mitad de los periodos vacacionales con el padre, incomprensiblemente no prevé la estancia de los hijos en su compañía durante los fines de semana alternos, como tenía solicitado el ahora recurrente, con lo que también incurre en incongruencia puesto que comenzaba por señalar las razones por las que consideraba que debían estimarse las pretensiones del actor. Consecuencia de ello es que deba autorizarse la estancia de los menores en compañía del padre durante fines de semana alternos, desde la hora de finalización de sus actividades académicas el viernes hasta las 20 horas del domingo.

Noveno-. La estimación total o parcial del recurso llevara aparejada la devolución del depósito que se hubiera constituido para poder recurrir (DA 15.8 de la LOPJ EDL 1985/8754).

Decimo-. En materia de imposición de costas rige el principio del vencimiento objetivo, en aplicación de lo dispuesto en el art.398 en relación al 394 de la LEC. EDL 2000/77463 No obstante ello, dada la especial naturaleza de la cuestión debatida no procede hacerse expresa imposición de las que se causen en el presente caso.

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Eduardo y desestimando el propuesto por Africa contra la Sentencia dictada en los autos núm.... del juzgado de..., debemos declarar y declaramos haber lugar al primero de ellos, revocando en parte la resolución impugnada para establecer como régimen de fin de semana alterno la estancia de los hijos con el padre desde la hora de finalización de sus actividades académicas del viernes hasta las 20 horas del domingo, confirmando en el resto la resolución impugnada no haciendo imposición de las costas causadas en la alzada y no procediendo la devolución del depósito constituido al apelante vencido.

Con la notificación de esta resolución, las partes personadas quedan advertidas de que contra todos los Autos no definitivos pueden interponer recurso de Reposición ante el Tribunal que lo dictó (art.451 LEC EDL 2000/77463). Y, contra las Sentencias que pongan fin a la segunda instancia, de Casación, fundado en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 de la LEC EDL 2000/77463), y Extraordinario por Infracción Procesal, en los siguientes supuestos:

1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2º Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia.

3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiera podido producir indefensión

4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución EDL 1978/3879 . (art.468 y 469 de la LEC EDL 2000/77463 .

Ello siempre que la infracción procesal o vulneración del artículo 24 de la constitución EDL 1978/3879 haya sido denunciadas en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se reproduzca en la segunda instancia, y, siendo subsanable el defecto o falta, siempre que, en la instancia o instancias oportunas, se hubiere pedido la subsanación de la violación del derecho fundamental,

Igualmente, quedan advertidas de que deberán constituir previamente a la preparación de los recursos un depósito de 50 euros para poder recurrir por Casación o/y Infracción Procesal, mediante ingreso en la cuenta de consignaciones de este Tribunal, sin cuyo requisito no se admitiran a tramite (DA 15, 6).

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. 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: 06015370022010100216