

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.4 art.217 art.398 art.455

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**ALIMENTOS****PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL**

A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

FICHA TÉCNICA**Legislación**

Aplica art.4, art.217, art.398, art.455 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.147 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Jerez de la Frontera, en el Juicio de Divorcio Contencioso anteriormente referenciado al margen, se dictó sentencia de fecha 3 de junio de 2.009 cuyo fallo literalmente transcrito dice: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Osborne en representación de Raúl contra Adriana debo declarar y declaro disuelto por DIVORCIO el matrimonio formado pro los litigantes con las siguientes medidas:

A.- La guarda y custodia del hijo menor de los litigantes se atribuye a la madre, siendo la patria potestad compartida y estableciéndose un régimen de visitas del padre con el menor que tendrá lugar los Martes y Jueves de 17,30 horas a 20 hrs en invierno y de 16 horas a 21 horas en verano; fines de semanas alternos desde 17,30 horas del viernes a las 20 horas del domingo en invierno y de 16 horas a 21 horas en verano. En caso de coincidencia y puentes o festivos con fin de semana se prolongará el fin de semana al progenitor que corresponda.

Las vacaciones de verano se distribuirán por quincenas en los meses de julio y agosto -de 1 de julio a 15 de julio, de 16 de julio a 31 de julio, de 1 de agosto a 15 de agosto, de 16 de agosto a 31 de agosto-, iniciándose cada periodo a las 11 de la mañana y finalizando a las 21 horas del último día de la quincena.

Las vacaciones de Semana Santa se distribuirán por mitad -desde las 11 horas del domingo de Ramos a las 21 horas del Miércoles Santos y de 11 horas del Jueves Santos a las 21 horas del Domingo de Resurrección, en defecto de acuerdo.-

Las vacaciones de navidad se dividirán por mitad -de 11 horas del 23 de diciembre a las 20 horas del 31 de diciembre y de 11 horas del 1 de enero a las 20 horas del 7 de enero- El día 6 de enero el progenitor al que no corresponda estar con el menor, podrá tenerlo en su compañía de 16 a 20 horas de modo que pueda, en su caso, recibir los regalos.

El día de cumpleaños y onomástica del menor se alternarán, de modo que en cada anualidad el menor pasará con uno de los progenitores uno de esos dos días, siendo recogido a las 11 horas y finalizando la visita a las 21 horas del día de onomástica -por ser lectivo-, y de 16 horas a 20 horas o de 11 a 20 horas el día de cumpleaños según coincida o no con día lectivo.

En los periodos de vacaciones de verano el progenitor que no tengo consigo al menor podrá comunicar con el mismo telefónicamente en la forma que los interesados determinen, y en defecto de acuerdo se determinará judicialmente, en ejecución de sentencia.

La madre elegirá los años pares y le padre los impares.

B.- Se atribuye el uso del que fuera domicilio familiar a la Sra. Adriana al quedar la misma con la custodia del menor, siendo de cargo del Sr. Raúl el pago de hipoteca e IBI del inmueble que es de su propiedad privada.

C.- Se establece como pensión alimenticia a cargo del SR. Raúl para alimentos de su hijo menor la cantidad mensual de 350 #, que habrá de abonar en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre y siendo esta cantidad actualizable anualmente conforme al IPC. Los gastos extraordinarios que genere el menor, entendiéndose por tales los que no son de devengo periódico y previsible como los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social y gastos académicos no incluidos en la enseñanza pública, serán abonados por ambos progenitores al 50 % previa información del importe y concepto del gasto."

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D^a Adriana se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que fue admitido a trámite en ambos efectos por el Juez "a quo", quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo para el día 23 de febrero de 2.009, tras lo cual se hizo entrega al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, para el estudio y dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Basa la apelante su recurso, conforme alegó su dirección jurídica en el escrito de interposición del mismo que consta unido a las actuaciones, en una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez "a quo" en torno a la cuantía de la pensión alimenticia establecida a favor del hijo menor de edad común de los litigantes, lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo" en la sentencia apelada.

Resulta conocido, conforme a lo dispuesto en los artículos 142,144,146, y 147 del Código Civil, que la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe, normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro, cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio solo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas. Pero asimismo, e interpretando el mismo concepto de alimentos para los hijos, no debe examinarse directamente cual fuese la máxima cifra que pudiese abonar el obligado al pago, sino que lo esencial será la determinación de las necesidades de los menores, para luego compararlas con las posibilidades de aquel, como ya ha indicado esta Sala en sentencias entre otras de 29 de enero de 2.007, siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (sentencia de 16 de noviembre de 1978 y en igual sentido las de 2 de diciembre de 1970, 9 de junio de 1971 y 16 de noviembre de 1978, entre otras) quien en aplicación del meritado artículo 146 indica que lo que tiene en cuenta el precepto "no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante o los que tenga atribuidos con facultades de administración, sino simplemente las necesidades del alimentista puestas en relación con el patrimonio de quien haya de darlos".

Establecidas las anteriores consideraciones jurídicas, para su concreta aplicación al supuesto de autos, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que no se acreditan de manera cumplida y justificada cuales sean las concretas necesidades del menor, por lo que habrá de presumirse que son aquellas normales en niños de su edad. Con respecto a cuales sean las posibilidades del apelado existe un importante acervo probatorio que viene constituido no solo por la abundante prueba documental que consta en las actuaciones sino también por la prueba pericial practicada, en la que se valoran no solo los bienes inmuebles del apelado, cuya titularidad registral no es plena sino compartida con otros miembros de su familia, sino también lo que formaría el pasivo de las mismas tales como hipotecas, préstamos, inversiones y todos aquellos factores necesarios para integrar lo que constituye una explotación agrícola. Y, finalmente, como bien dice la Juez "a quo" la ordenación de las medidas matrimoniales ha de hacerse conjuntamente, y, en este sentido, hemos de tener en cuenta que se otorga a la apelante y el hijo un derecho de uso sobre el inmueble de una reconocida propiedad privativa del apelado, quien habrá de verse obligado a costear un sitio para vivir, así como la obligación de sufragar el préstamo hipotecario concertado para el pago de la misma y otros impuestos derivados de su titularidad, lo que representan grandes ventajas patrimoniales a favor de la apelante, por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Adriana y la íntegra confirmación de la sentencia apelada, cuya adecuada valoración probatoria y fundamentación jurídicas se dan por reproducidas.

SEGUNDO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Adriana y confirmada en su integridad la resolución recurrida, a pesar del principio objetivo del vencimiento regulado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habida cuenta de la especial

naturaleza del procedimiento en relación con los derechos que se debaten en el mismo, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso.

VISTOS los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimando, como desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Adriana contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2.009 dictada por el Illmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n ° 5 de los de Jerez de la Frontera en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Número CENDOJ:11012370052010100060