

EDJ 2008/306377

AP Guadalajara, sec. 1ª, S 23-9-2008, nº 146/2008, rec. 97/2008

Pte: Sánchez Aristi, Rafael

Resumen

La Sala estima parcialmente el recurso interpuesto frente a sentencia que decretaba el divorcio del matrimonio con todos los efectos legales inherentes a tal declaración; revocando parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de dejar sin efecto la enumeración de gastos extraordinarios del hijo que efectúa. No resulta adecuado que dentro de los gastos extraordinarios se incluyan los derivados de "actividades escolares", por cuanto deben considerarse cubiertos a través de la propia pensión alimenticia.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.464

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.110 , art.145 , art.146 , art.154

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensiones alimenticias a los hijos

En general

Determinación de la cuantía

Modificación

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.464 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.110, art.145, art.146, art.154 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398.2, art.806 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - En general STS Sala 1ª de 20 mayo 1997 (J1997/2942)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - En general STS Sala 1ª de 31 diciembre 1996 (J1996/9007)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 11 de junio de 2008 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Andrés Beneytez, en nombre y representación de D. Juan Manuel frente a Dª Alejandra , representada por la Procuradora Sra. Encarnación Heranz debo: 1.- Decretar el divorcio del matrimonio formado por D. Juan Manuel y Dª Alejandra , con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y especialmente los siguiente: - Cesa la presunción de convivencia conyugal, y se encienden revocados los consentimientos y poderes otorgados recíprocamente, pudiendo señalar los cónyuges libremente su domicilio.= - Se acuerda la disolución del régimen económico

matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo por los trámites del art. 806 y siguientes de la LEC EDL 2000/77463 := - Se aprueban como medidas reguladoras de la nueva situación las siguientes: 1º.- Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio a su madre, ejerciendo ambos progenitores conjuntamente la patria potestad sobre el mismo.= 2º.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Alovera (Guadalajara), y del ajuar familiar al menor y a su madre, en cuya compañía residirá.= 3º.- Se mantienen íntegramente el régimen de visitas establecido en la pieza de medidas provisionales núm. 376/06 seguida ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7, si bien con la modificación consistente en que la recogida del menor por su padre pasará a realizarse los viernes por la tarde a las 20:00 horas, debiendo procederse a la devolución del mismo los domingos por la tarde a las 20:00 horas, tal y como se estableció en la pieza de medidas provisionales.= 4º.- Se establece una pensión de alimentos a favor del hijo menor del matrimonio de 400 € mensuales. Pensión que deberá abonar D. Juan Manuel en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la libreta o cuenta corriente que al efecto designe la Sra. Alejandra ; importe que será actualizado anualmente conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo equivalente, debiendo hacer frente ambos progenitores al 50% de los gastos extraordinarios de su hijo menor, entendiendo por tales las actividades escolares y extraescolares, ocio, cultura, salud y gastos médicos no cubiertos por el seguro social.= Se establece la obligación de ambas partes de abonar, en concepto de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, el 50% del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, así como los gastos anuales devengados por el IBI, tasas municipales que graven la vivienda familiar, y seguro de la misma, debiendo abonar además por mitad todas las deudas de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de la posterior liquidación de la sociedad de gananciales.= No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Juan Manuel , se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 17 de septiembre.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugnada que fue por el demandante, D. Juan Manuel , la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Guadalajara (antiguo Mixto núm. 5), de 11-6-2007, que decretaba el divorcio entre los contendientes y dictaba las medidas definitivas que debían regir entre los ex esposos, y habiéndose celebrado la vista a la que se refiere el art. 464 LEC EDL 2000/77463 como consecuencia de la admisión de prueba documental propuesta por el apelante, procede resolver sobre los diversos aspectos a los que van referidas las alegaciones del recurso, a excepción del relativo al régimen de visitas, al haber manifestado el recurrente en el acto de la vista que, debido a cambios en su prestación laboral producidos con posterioridad a la interposición del recurso, no tiene ya obstáculo en atender el régimen de visitas ordenado en la resolución impugnada, el cual acepta en todos sus términos, y en particular por lo que se refiere a la recogida del hijo menor los viernes alternos a las 20.00 horas.

SEGUNDO.- Pasando en consecuencia a la alegación relativa al uso de la vivienda familiar, atribuido a D^a Alejandra en atención al hecho de haberle sido asignada la custodia del único hijo del matrimonio, pretende el recurrente que se decrete la liquidación de dicha vivienda y el posterior reparto al 50% de lo obtenido con la venta, pedimento que obviamente no puede ser atendido en un procedimiento sobre divorcio y medidas consecuentes a dicha crisis matrimonial, en el que sólo cabe pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 96 CC EDL 1889/1), mas no sobre la enajenación de la misma. Cuestión diferente -y que, debe insistirse, no corresponde dirimir en esta litis- sería que los cónyuges hubieran alcanzado un acuerdo al respecto en sede de liquidación de su sociedad de gananciales, pero en cualquier caso dicho acuerdo ni siquiera consta acreditado, existiendo tan sólo la alusión por parte del recurrente a unas conversaciones informales que no llegaron a concretarse. En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso, subrayando que ningún abuso puede representar - como el recurrente pretende- que el uso de la vivienda familiar sea asignado al cónyuge en cuya compañía queda el hijo del matrimonio, pues así lo dispone nítidamente el precepto al que se ha hecho referencia. De manera concomitante, se desestima igualmente la pretensión, contenida en el apartado cuarto de las alegaciones del recurso, de que D^a Alejandra , "por vivir en la vivienda familiar, coadyuve al pago del alquiler de la habitación del esposo", no tanto porque no haya quedado probado que D. Juan Manuel efectivamente viva alquilado en una habitación cuyo coste asciende al importe por él manifestado (como aduce la demandada en su escrito de oposición, al recordar que el contrato de alquiler aportado por el demandante fue impugnado sin que éste desarrollara ninguna otra actividad para acreditar su autenticidad, olvidando que incluso en esos casos el juzgador podrá valorar el documento conforme a las reglas de la sana crítica), sino porque ninguna de las medidas a decidir en un proceso de divorcio contencioso versa sobre la fijación de una contribución, por parte del cónyuge custodio (a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar), a los gastos de vivienda del cónyuge no custodio.

TERCERO.- En lo tocante a la pensión puesta a cargo de D. Juan Manuel como contribución para satisfacer los alimentos del hijo menor, en tanto progenitor no custodio, y fijada por el Juez a quo en 400 euros mensuales (actualizables conforme a las variaciones del IPC), junto con el 50% de los gastos extraordinarios, deben hacerse las siguientes observaciones. Por lo que se refiere a la cuantía de los alimentos, aunque lógicamente deba tenerse en consideración el caudal o medios de quien los da, deberá sobre todo atenderse a cuáles sean las necesidades del alimentista, en este caso el hijo común de los contendientes, pues no debe olvidarse que la deuda de alimentos de los hijos menores, según acreditan numerosas SSTS (Sala 1^a) -entre otras las de 5-10-1993 y 16-7-2002 -, no está sometida a las limitaciones y modulaciones de la obligación legal de alimentos entre parientes, como serían las contempladas en los arts. 145 y 146 CC EDL 1889/1 , en tanto aquella emana de los arts. 154.1º y 110 CC EDL 1889/1 , debiendo prevalecer siempre el interés del hijo, como corresponde a un deber que se enmarca en la más amplia relación de patria potestad (SSTS, Sala 1^a, de 20-5-1997 EDJ 1997/2942

y 31-12-1996 EDJ 1996/9007), y aun más allá, en la relación misma de filiación. Y en el caso de autos, las necesidades del hijo, de acuerdo con el material probatorio obrante en autos, en especial a la vista del coste de la guardería, tienen un alcance lo bastante elevado como para justificar la cuantía de la pensión fijada por el Juez a quo; no pudiendo esta Sala entrar en la valoración de lo que en el acto de la vista de apelación el recurrente calificó como "hecho nuevo", según el cual el hijo de los contendientes habría dejado de ir a la guardería para pasar a un colegio público, afirmación de parte carente de prueba que en todo caso, y siempre que se acredite debidamente, podría servir para que ulteriormente la parte interesada inste una modificación de las medidas adoptadas en el presente procedimiento. Por otro lado, a propósito de la capacidad económica de D. Juan Manuel , se debe coincidir con el Juez a quo en que todo apunta a que su volumen de ingresos es superior al declarado, ya que las nóminas aportadas al proceso de meses anteriores a aquél en que se interpuso la demanda (junio de 2006) sitúan las percepciones mensuales líquidas de D. Juan Manuel en un nivel próximo a los 2.000 euros, e incluso por encima de esa cantidad, sin contar las pagas extraordinarias, mientras que las correspondientes a junio de 2006 y posteriores oscilan entre los 1160 euros y los 1315 euros (en cualquier caso por encima de los 1100 euros en que cifra el recurrente sus emolumentos), debido al brusco e inexplicado descenso de la partida relativa a "dietas", así como a la no inclusión de una partida de cuantía variable pero de no poca entidad, que aparecía en la mayoría de las nóminas previas a la interposición de la demanda, denominada como "mejora voluntar(ia)"; siendo significativo que la prueba solicitada por el apelante y practicada en esta alzada, no se dirigiera a lograr una acreditación más precisa de los ingresos realmente percibidos por el propio D. Juan Manuel - siendo así que lo que se discute es la aportación que el demandante debe hacer a los alimentos de su hijo menor-, sino a la comprobación de los ingresos percibidos por la demandada, cuya capacidad económica tiene escasa incidencia a la hora de fijar la pensión alimenticia que D. Juan Manuel debe abonar a favor de su hijo, puesto que D^a Alejandra , en tanto progenitora custodia, ya realiza una contribución a los alimentos de su hijo desde el natural desenvolvimiento de la guarda del mismo, es decir, al haberlo en su compañía, velar por él y prestarle la atención y cuidado cotidianos, lo que no permite contemplar la contribución de cada progenitor a los alimentos del hijo en términos de estricta y mera simetría numérica a partir de una determinada cifra total de gastos a atender; debiendo añadirse, a mayor abundamiento, que el modo en el que el recurrente calculó los ingresos de D^a Alejandra durante la vista celebrada en apelación, se presta claramente a equívoco, ya que, en lugar de tomar como referencia las percepciones netas mensuales excluidas las pagas extras (como hace en el recurso cuando se refiere a sus propios ingresos), emplea la cifra resultante de dividir los ingresos anuales brutos certificados por el empleador de D^a Alejandra , esto es 19543'86 euros, entre 12 pagas anuales. Habida cuenta de todo ello, esta Sala estima proporcionada a las necesidades del hijo y acorde con la capacidad económica de D. Juan Manuel , la cuantía de 400 euros mensuales en que quedó fijada la pensión de alimentos, sin perjuicio de que una eventual variación de las circunstancias pueda determinar una ulterior modificación de la medida. Ahora bien, en lo tocante a la contribución al 50% en los gastos extraordinarios del hijo, es cierto que el juzgador a quo realiza una aclaración que debe ser corregida en esta alzada, no tanto porque no haya concretado esos gastos extraordinarios (como viene a decir el apelante en su recurso), sino antes bien por todo lo contrario, esto es, por haber especificado que por tales gastos habrá que entender "las actividades escolares y extraescolares, ocio, cultura, salud y gastos médicos no cubiertos por el seguro social". Semejante pronunciamiento contiene el defecto de incluir entre los gastos extraordinarios determinados conceptos que, en rigor, integran ya de por sí la noción de alimentos, la cual -como dice el recurrente- abarca no sólo el sustento en sentido estricto, sino también otros gastos como los de habitación, vestido, asistencia médica y educación o instrucción, y en definitiva aquéllos que puedan entenderse inherentes al ejercicio ordinario de la guarda y custodia del hijo alimentista. Así las cosas, no resulta adecuado que dentro de los gastos extraordinarios se incluyan los derivados de "actividades escolares", por cuanto deben considerarse cubiertos a través de la propia pensión alimenticia (máxime si se tiene en consideración que la parte demandada ha venido esgrimiendo como principal factor de elevación de la pensión de alimentos el coste relativo a la guardería); como tampoco resulta de recibo que se consideren gastos extraordinarios, con carácter general, todos los relativos a ocio y cultura; siendo dudoso por lo que se refiere a las "actividades extraescolares"; y no resultando discutible en lo tocante a los gastos de salud y médicos no cubiertos por el seguro social. En suma, la contribución por el demandante a los gastos extraordinarios del hijo, habida cuenta además de que la cuantía de la pensión alimenticia puede catalogarse más bien de holgada, debe limitarse a los que en sentido estricto quepa atribuir esa calificación, no debiendo extenderse a aquéllos que admitan ser reconducidos a la noción de alimentos en sentido amplio.

CUARTO.- Por último, resta por resolver la alegación de D. Juan Manuel relativa a las cargas del matrimonio, y la posible incongruencia extra petitum en que, a su parecer, habría incurrido la resolución impugnada al haber incluido en este concepto "las tasas municipales que graven la vivienda familiar", extremo según él no solicitado por la parte contraria y por otro lado inherente -dice el recurrente- al disfrute y utilización de la vivienda. Frente a esta alegación, debe observarse que en su contestación a la demanda, D^a Alejandra solicitó que D. Juan Manuel asumiera el pago del 50% de los gastos de la vivienda común "que no deriven de su utilización", especificando entre ellos no sólo el gasto relativo a hipoteca, esto es, el préstamo hipotecario, sino también los de "impuestos, comunidad de propietarios, seguros, etc.". De este modo, estima esta Sala que no cabe apreciar la incongruencia a la que alude el recurrente, y que, a diferencia de lo alegado en el recurso, los gastos que la resolución impugnada detalla en el fallo al relatar la quinta de las medidas reguladoras, son todos ellos inherentes a la titularidad (y no al uso) de la vivienda, la cual no hay que olvidar que seguirá perteneciendo a ambos cónyuges en tanto no se liquide la comunidad postganancial, todo lo cual determina la desestimación de esta alegación.

QUINTO.- Dada la estimación parcial del recurso de apelación, no procede imponer las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC EDL 2000/77463 .

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto, debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de dejar sin efecto la enumeración de gastos extraordinarios del hijo que efectúa en el inciso final de la cuarta de las medidas reguladoras señaladas en el fallo, confirmando la resolución impugnada en sus restantes pronunciamientos, y sin imposición de costas en esta alzada.

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 19130370012008100246