

# EDJ 2004/221250

Audiencia Provincial de Girona, sec. 1ª, S 14-12-2004, nº 391/2004, rec. 373/2004  
Pte: Ferrero Hidalgo, Fernando

## Resumen

*La AP revoca la sentencia impugnada en el extremo relativo a la privación al recurrente de la patria potestad de sus hijos, por cuanto dicha solicitud se produjo no en la demanda sino en el acto del juicio, sin que el demandado pudiera defenderse debidamente. Declara la Sala que en concepto de alimentos para sus hijos menores y además de la pensión alimenticia, el padre deberá pagar la mitad del préstamo que grava la vivienda familiar y los gastos derivados de su mantenimiento. Se confirma la sentencia impugnada en sus demás pronunciamientos.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.748.4 , art.769.3 , art.770.6

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ALIMENTOS

##### PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Régimen de visitas

Otras cuestiones

##### PAREJAS DE HECHO

Separación o ruptura

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Separación matrimonial

#### Legislación

Aplica art.748.4, art.769.3, art.770.6 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Otras cuestiones, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos, MATRIMONIO - PAREJAS DE HECHO - Separación o ruptura, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Madrid de 11 julio 2003 (J2003/66191)

#### Bibliografía

Citada en "¿Puede cualquiera de los cónyuges solicitar medidas paterno-filiales sin pedir a la vez la separación, el divorcio o la nulidad de su matrimonio? Foro abierto"

En Girona, a catorce de diciembre de dos mil cuatro.

Visto, ante esta Sala el Rollo de apelación núm. 373/2004, en el que ha sido parte apelante D<sup>a</sup> Estíbaliz, representada por el Procurador D. JOAQUIM SENDRA BLANXART y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup> MARGARITA PASCUAL AGUSTI; y como parte también apelante D. Pedro Enrique, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MONTSERRAT LLOVET CARBONELL y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> MARÍA SALVATELLA RASET, siendo parte apelada el MINISTERIO FISCAL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Olot, en los autos de Juicio Verbal núm. 200/2002, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> Estíbaliz, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> JANINA JUANOLA COROMINAS y bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup> MARGARITA PASCUAL AGUSTÍ, contra D. Pedro Enrique, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MARÍA LLUÏSA PASCUAL AGUSTÍ, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup> MARÍA SALVATELLA RASET, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "Fallo: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Estíbaliz contra D. Pedro Enrique, y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, acordar las siguientes medidas:

1.- La privación de la patria potestad al padre y demandado, D. Pedro Enrique, con su atribución en exclusiva a la madre, D<sup>a</sup> Estíbaliz.

2.- La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, Carlos Miguel, Fermín y Victoria a la madre.

3.- La vivienda familiar con los objetos que forman parte del ajuar doméstico quedarán en uso y disfrute de la madre y los hijos comunes, Carlos Miguel, Fermín y Victoria, autorizando a D. Pedro Enrique a retirar de la misma sus objetos y enseres de uso personal previo inventario.

4.- El padre, D. Pedro Enrique, contribuirá en concepto de pensión alimenticia a favor de sus hijos, Carlos Miguel, Fermín y Victoria con la suma de 150'25 euros mensuales por cada uno, que se abonará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que ha designado la madre, en la Caixa de Girona, núm.000. La referida suma se actualizará mediante la aplicación del porcentaje del incremento del Índice de Precios al Consumo elaborado, para el total nacional y para el año anterior a la actualización, por el Instituto Nacional de Estadística. Y de igual forma, deberá abonar la mitad de los gastos extraordinarios. Una vez firme la Sentencia, comuníquese al Registro de la Propiedad de Olot, para su anotación sobre la mitad indivisa de la finca registral núm.001, Tomo núm.002, Libro núm.003, a los efectos oportunos".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 28 de mayo de 2004, se recurrió en apelación por las partes demandante y demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC. EDL 2000/77463

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en cuanto no contradigan los de esta resolución.

SEGUNDO.- Se interpone recurso de apelación por ambas partes litigantes, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de Olot de 28 de mayo de 2004, en la que se acordaron las medidas reguladoras de la separación de la convivencia formada por D<sup>a</sup> Estíbaliz y D. Pedro Enrique, relativas a la patria potestad, guarda y custodia de los hijos, contribución a los alimentos de los mismos y uso del domicilio familiar.

TERCERO.- Las pretensiones que D<sup>a</sup> Estíbaliz ejercitó en su demanda tienen amparo en el artículo 748, 4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 que establece que las disposiciones del Título I del Libro IV se aplicarán a los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, reiterado en los artículos 769, 3 y 770, 6<sup>a</sup>.

El primer problema que se nos plantea con relación a tal precepto es el ámbito de aplicación del mismo. Una lectura literal del mismo y a la vista del empleo del adverbio "exclusivamente", permitiría una interpretación restrictiva en el sentido de que sólo podría regularse a través de tal procedimiento lo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores de edad o a la reclamación alimenticia, quedando fuera todas las materias relativas, por ejemplo al régimen de visitas, atribución del uso del domicilio a favor de los hijos menores. Sin embargo, tal interpretación resulta incompatible con el principio de igualdad que debe regir en toda regulación que se refiera a los hijos menores, sin que pueda existir ningún trato discriminatorio por el hecho de que se sea hijo matrimonial o extramatrimonial.

Con base a tal principio y como cuestión de interés público, deberá regularse necesariamente todo lo relativo a custodia, visitas y alimentos que integran el concepto general de potestad en la descripción dada por el artículo 143 del Código de Familia que establece el deber de los padres de tener cuidado de los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos en el sentido más amplio de educación y de formación integral. Por lo tanto, a través de este procedimiento deberá regularse las medidas relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, alimentos en sentido más amplio, lo cual implica que también deberá regularse el uso del domicilio y ajuar familiar, pues dentro del concepto de alimentos debe incluir la habitación; ello a su vez supone que todas las obligaciones de los progenitores relacionadas

con el uso del domicilio y ajuar familiar también debe regularse a través de este procedimiento (Así, S de la AP de Madrid, secc. 22ª, de 11 de julio del 2003 EDJ 2003/66191 ).

Sin embargo, debe rechazarse la posibilidad de realizar una interpretación extensa en virtud de la cual se pudiera regular alimentos entre los convivientes, alimentos para hijos mayores, visitas con otros parientes y allegados, ni tampoco la privación de la patria potestad, pues las mismas no tienen repercusión sobre los hijos menores, ni tampoco la privación de la patria potestad, pues aunque la misma incide sobre los menores, el principal afectado es el progenitor al cual se le priva de tal función.

CUARTO.- A la vista de lo dicho y teniendo en cuenta que la solicitud de privación de la patria potestad no se realizó en la demanda, sino que tal pretensión se ejerció en el acto del juicio, tanto por la demandante como por el Ministerio Fiscal, sin que el demandado pudiera defenderse adecuadamente de tal pretensión, debe ser estimado el recurso en cuanto a tal medida, dejándola sin efecto y sin perjuicio de que se pueda instar tal privación en el procedimiento ordinario pertinente.

QUINTO.- En el segundo motivo del recurso interpuesto por Don. Pedro Enrique se impugna la denegación de un régimen de comunicación y visitas con sus hijos. La falta de relación existente en la actualidad entre el padre y sus hijos se debe exclusivamente al Sr. Pedro Enrique, pues a pesar de sus alegaciones, a la vista del informe psicosocial y de la declaración de la perito en el juicio, es claro que si hubiera tenido un verdadero y real deseo de comunicarse con sus hijos, hubiera aguantado el sistema de visitas establecido y hubiera luchado por el establecimiento de un sistema distinto. Resulta inaceptable que se prescinda de las relaciones con los hijos, por el hecho de que existan supuestas hablurías de la gente que presencia tales relaciones en un lugar público, a parte de que no se acreditan y resulta más que dudoso que así sea. Y buena muestra del comportamiento del padre es su incomparecencia al acto del juicio.

Por otro lado, si bien es cierto que en un momento inicial, los hijos siempre manifestaron su deseo de comunicarse y relacionarse con su padre, sin embargo, basta leer la exploración realizada y fundamentalmente el informe psicosocial, donde el menor Fermín manifestó que le da lo mismo verlo o no, y Carlos Miguel indicó que querían mantener la relación y contacto, pero que ha sido su padre quien a dejando de ir sin avisarlo y sin dar ninguna explicación. En todo caso, si el Sr. Pedro Enrique quiere realmente ver a sus hijos, fácil lo tiene, sin necesidad de establecer régimen de visitas, sobre todo con relación a su hijo Carlos Miguel.

Éste, al tener dieciséis años, tiene ya la suficiente autonomía y capacidad para comunicarse con su padre siempre que lo desee, por lo que, lo único que necesita es que su padre también lo desee. Y si se reanuda tal relación, fácil es que también se reanude con los otros hijos. Así, por lo tanto, que en este procedimiento no se establezca ningún régimen de visitas, no quiere decir que no puede establecerse en futuro, a través del procedimiento sencillo de modificación de medidas, en el que se podrá determinar el sistema más conveniente de comunicación entre todos ellos. Lo que no puede establecerse es un régimen de comunicación, cuando el padre ningún interés ha manifestado y los hijos no pueden verse abocados a nuevas decepciones por el comportamiento de su padre.

SEXTO.- Por último, el Sr. Pedro Enrique impugna el importe de la pensión alimenticia establecida de 150,25 euros, insistiendo en sus escasos recursos económicos. Sin embargo, resulta que los recursos alegados en la contestación, se refieren a una nómina de trabajador por cuenta ajena respecto de una empresa para la cual ya no trabaja, pues de la historia laboral remitida por la Tesorería de la Seguridad Social resulta que en la actualidad trabaja para otra empresa. Tampoco ha acreditado cuales son realmente sus necesidades, pues ni siquiera compareció al acto del juicio a demostrarlo, carga que le correspondía.

Por otro lado, la cantidad establecida por cada hijo, resulta ajustada a las necesidades más básicas de los mismos, pues esta Sala viene estableciendo de forma reiterada que las mismas son de aproximadamente 240 a 300 euros, con lo cual, el padre no haría más que contribuir con un cincuenta a un sesenta por ciento de dichas necesidades.

SÉPTIMO.- La demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia ante la desestimación de las medidas relativas a los gastos del domicilio familiar y a la vista de lo sustentado en el fundamento jurídico tercero, no cabe duda que debe prosperar, pues dentro del concepto de alimentos debe incluirse la habitación, lo cual supone que en este procedimiento es dable acordar atribuir a los hijos y al progenitor que con ellos conviva el uso del domicilio y ajuar familiar, así como todas las obligaciones relacionadas con el mismo, como pago de hipoteca, impuestos, cuotas comunitarias, etc., pues aunque tal obligación deriva de los correspondientes contratos y titularidades dominicales, el incumplimiento de tales obligaciones podría conllevar la pérdida del domicilio si no se establece un sistema rápido para que las cumpla, por ello resulta acertado que tal sistema sea el de ejecución de la sentencia, por lo que la misma debe pronunciarse al respecto.

OCTAVO.- No procede sin embargo la pretensión de condena en costas, pues todos los Magistrados de ambas secciones civiles de esta Audiencia Provincial, adoptaron el día 28 de febrero de 2002 el acuerdo siguiente: Cuando existan hijos menores o incapaces, con intervención del Ministerio Fiscal y se planteen cuestiones que sobrepasan el ámbito del principio dispositivo (alimentos, régimen de visitas, asignación del domicilio familiar, etc), se seguirá el criterio de falta de imposición de costas, como ya era práctica unánime en la misma Audiencia y en la mayoría de las Audiencias Provinciales del territorio nacional. Cuando no existan hijos menores o incapaces, se seguirá el principio general del art. 398 en relación con el artículo 394 de la L.E.C. EDL 2000/77463 Y cuando existan hijos menores o incapaces y se planteen cuestiones mixtas, sujetas al principio dispositivo, unas (pensiones compensatorias, compensación patrimonial del artículo 41 CF, etc.) y ajenas al mismo, otras, se atenderá a aquello que presente carácter principal en el objeto del litigio. Todo ello, sin perjuicio de que pueda apreciarse temeridad, en cuyo caso se impondrán las costas al litigante temerario, temeridad que no se aprecia en este procedimiento.

NOVENO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

## FALLO

Que debemos estimar parcialmente los recursos de apelación formulados por la representación de D<sup>a</sup> Estíbaliz y D. Pedro Enrique, contra la resolución de fecha 28 de mayo de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Olot, en los autos de Juicio Verbal núm. 200/2002, de los que este Rollo dimana.

Debemos revocar la misma en los términos siguientes:

1º) No procede en este procedimiento acordar la privación de la potestad que D. Pedro Enrique tiene respecto de sus hijos, Carlos Miguel, Fermín y Ana.

2º) En concepto de alimentos para los hijos menores y además de la pensión alimenticia establecida en la sentencia, Don. Pedro Enrique deberá satisfacer la mitad del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, el seguro de vida que garantiza dicho pago, la mitad del Impuesto de Bienes Inmuebles y la mitad de las cuotas de la comunidad, todo ello desde la interposición de la demanda. También deberá satisfacer y desde la misma fecha la cuota del crédito concertado con la financiera Expomovi para la adquisición del mobiliario de la vivienda familiar.

Se confirma la sentencia en todo lo demás.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada. Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Lacaba Sánchez.- Fernando Ferrero Hidalgo.- Carles Cruz Moratones.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 17079370012004100372**