

EDJ 2009/68512

AP Madrid, sec. 22ª, S 10-3-2009, nº 167/2009, rec. 1342/2008
Pte: Hijas Fernández, Eduardo

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 22

MADRID

SENTENCIA: 00167/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 22

C/ FRANCISCO GERVAZ N: 10 (PLANTA 12*)

Tfno.: 914936204-05-06-07- Fax: 914936210

N.I.G. 28000 1 7013308 /2008

Rollo: RECURSO DE APELACION 1342 /2008

Proc. Origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 1072 /2007

Órgano Procedencia: Jdo. 1ª Inst. e Instrucción núm. 5 de ALCALA DE HENARES

De: Noemi

Procurador: MONTSERRAT GOMEZ HERNANDEZ

Contra: Nicolas

Procurador: MARÍA JESUS MARTIN LOPEZ

SENTENCIA

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Dª Carmen Neira Vázquez

En Madrid a 10 de marzo de 2009

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de divorcio seguidos, bajo el núm. 1072/2007, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Alcalá de Henares, entre partes:

De una, como apelante, Dª Noemi , representada por la Procurador Dª Monserrat Gómez Hernández y asistida por la Letrado Dª Mercedes Gómez Gómez

De la otra, como apelado D. Nicolas , representado por la Procurador Dª María Jesús Martín López y defendido por la Letrado Dª María Pilar Tortosa del Carpio.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Eduardo Hijas Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de abril de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alcalá de Henares se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: " ESTIMADA parcialmente tanto la demanda interpuesta por Dª Noemi , representada por la Procuradora Dª Victoria Pavón Vela, así como la de D. Nicolas , representado por la Procuradora Dª Isabel Narváez

Vila, CONSTITUYO la situación jurídico de DIVORCIO del matrimonio integrado por ambos, quedando DISUELTO el vínculo matrimonial que les unía.

ACUERDO la adopción de las siguientes medidas:

Las que aparecen contenidas en el auto de medidas provisionales de 31 de enero de 2008 aprobado por este Juzgado , excepto:

CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS FAMILIARES: por la que el Sr. Nicolas entregará a la Sra. Noemi en concepto de alimentos para la hija menor la cantidad de 350 euros mensuales en el modo y plazos establecidos en el referido auto.

REGIMEN DE VISITAS: que será el acordado mediante auto de medidas provisionales de 31 de enero de 2008 , excepto en lo referente al miércoles que se deja sin efecto.

Sin expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que contra esta Sentencia cabe recurso de apelación que deberá prepararse en un plazo de CINCO DÍAS contados desde la notificación de la presente resolución.

Una vez firme la presente resolución, comuníquese al Registro Civil correspondiente.

Así, por esta, mi Sentencia, lo acuerdo, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D^a Noemi , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de D. Nicolas y el Ministerio Fiscal sendos escritos de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 9 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de formalización de su recurso, la dirección Letrada de la parte apelante denuncia que la resolución impugnada incurre en infracción de garantías procesales, por falta de razonamientos jurídicos suficientes en orden a la valoración de la prueba practicada.

Se insiste en dicha falta de garantías procesales, que pudieran ser determinantes de la nulidad de pleno derecho de la sentencia de instancia, dado que en la vista celebrada ante el Juzgador a quo no intervino el Ministerio Fiscal que, de otro lado, tampoco ha emitido informe respecto del "quantum" de la pensión alimenticia a fijar en pro de la hija menor de edad.

En lo que concierne a las cuestiones de fondo suscitadas a través del procedimiento, dicha litigante muestra su discrepancia con los pronunciamientos de la resolución impugnada sobre alimentos y pensión compensatoria, suplicando de la Sala que la aportación económica en favor de la hija menor, y a cargo del progenitor no custodio, se incremente hasta 600 € al mes, y se reconozca, en pro de D^a Noemi , el derecho al percibo de una pensión por desequilibrio por importe de 120 € mensuales.

El apelado, tras alegar que en el escrito de preparación del recurso presentado de contrario no se cumple lo prevenido en el artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sobre concreción de los pronunciamientos objeto de impugnación, y rebatir los demás alegatos vertidos en el de interposición, se acaba por interesar la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Por su parte el Ministerio Fiscal considera que, respecto de su intervención en el proceso, no ha existido infracción de ninguna norma procesal, y estima que la pensión alimenticia fijada por el Órgano a quo es proporcional a las necesidades de la común descendiente menor de edad, por lo que igualmente interesa la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Acerca del denunciado defecto en el escrito de preparación del recurso.

Cierto es que, en el sistema instaurado por la Ley 1/2000 , y al contrario de lo que acaecía bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil , el ámbito del debate litigioso en la segunda instancia ha de quedar perfectamente acotado desde la fase de preparación del recurso, dado que el artículo 457 de la nueva legalidad exige que, en el primer escrito que el recurrente ha de presentar, se determinen los pronunciamientos de la sentencia de instancia objeto de impugnación, sin que venga permitido a dicha parte, en los ulteriores trámites por los que ha de pasar la apelación, la introducción de nuevos, en cuanto no anunciados previamente, motivos impugnatorios.

Y así, el artículo 458 , que regula la fase de interposición del recurso, limita el contenido del escrito formalizador del mismo a la exposición de los alegatos, fácticos y jurídicos, en que se base la impugnación previamente anunciada, esto es sin habilitar, en modo alguno, la posibilidad de introducir, en la controversia litigiosa a resolver por el Tribunal ad quem, nuevos motivos o pretensiones, en cuanto no hayan sido específicamente concretados en el escrito de preparación.

Ello no implica, por el contrario, que todos los motivos expuestos en la primera de dichas fases hayan de ser mantenidos y desarrollados en la segunda, siendo perfectamente factible la renuncia a alguna, o varias, de las pretensiones originariamente anunciadas, bastando, al respecto, que nada se alegue o interese sobre las mismas en el escrito de interposición.

En el supuesto que hoy examinamos, la representación de la Sra. Noemi expuso, en el trámite del artículo 457, su intención de recurrir la sentencia dictada por el Órgano a quo, por considerar "que es nula de pleno derecho por infracción de normas y garantías procesales sobre las medidas dictadas respecto a la menor y pensión compensatoria".

Bajo dicha genérica fórmula quedaron debidamente cumplidas las exigencias del citado precepto, en su necesaria conexión con el siguiente trámite procesal, ya que en el mismo no se introdujo ninguna pretensión que no tuviera encaje en aquella anunciada impugnación, la cual abarcaba, en principio y teóricamente, todo las medidas complementarias referentes a la hija menor de edad, lo que no obstaba, como se ha dicho, para su posterior limitación a la concerniente al "quantum" de la aportación alimenticia paterna, ya que ello no implica, en modo alguno, la ampliación del debate litigioso a una problemática no introducida bajo aquella genérica fórmula utilizada en el escrito de preparación.

En consecuencia, no existe, al contrario lo que sostiene el apelado, inconveniente procesal alguno para entrar en el examen y resolución de cada una de las cuestiones que, por la contraparte, se desarrollan en el trámite de formalización de su recurso.

TERCERO.- Sobre la denunciada falta de motivación de la sentencia.

Declara el Tribunal Constitucional que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24-1 C.E. comprende el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en derecho, es decir, motivada y razonada, lejos de la arbitrariedad, y razonable, extraña al capricho o puro voluntarismo. La motivación de las resoluciones judiciales se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico, y no fruto de la arbitrariedad. Añade dicho Tribunal que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o cierto modo de razonar. Tal motivación no lleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de base a la resolución con el esquema discursivo de los escritos forenses, donde se contienen las alegaciones de los litigantes, ni implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes, siempre que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión (Ss. 6-10-1988, 28-6-1990, 5-2-1991 y 17-7-1992, entre otras muchas).

La resolución que, a través del presente recurso se impugna, aunque adolece de un excesivo esquematismo, permite conocer, al menos a grandes rasgos, los elementos conformadores de la convicción judicial determinante de los pronunciamientos contenidos en su parte dispositiva, por lo que, al menos de forma básica y mínima, cumple las exigencias de los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En último término, el defecto que se denuncia no habría de determinar otras consecuencias procesales, conforme a lo prevenido en el artículo 465-2 L.E.C., que las concernientes a su subsanación, mediante la oportuna motivación respecto de las cuestiones de fondo planteadas, en la sentencia a dictar por este Tribunal.

CUARTO.- Consecuencias procesales de la falta de intervención del Ministerio Fiscal en el acto de la vista

Como, de modo impecable, argumenta dicho Ministerio Público en el trámite del artículo 461 L.E.C., su intervención en los procedimientos matrimoniales, en defensa de los intereses de los menores de edad, incapacitados, o ausentes (artículo 749-2 L.E.C.), no exige de modo necesario e ineludible su presencia en todos los actos procesales de la litis, ni su actuación como parte activa en el procedimiento. En efecto la función del Fiscal es la de garante de los derechos de los antedichos sujetos, lo que implica la necesidad de darle traslado de la demanda y del resto de actuaciones practicadas en el curso de la litis, a fin de que, en cumplimiento las funciones que tiene encomendadas, pueda intervenir en el proceso, pero sin que su asistencia a todos los actos procesales resulte imprescindible, hasta el punto de que, en caso contrario, tal omisión pueda determinar la invalidez de las actuaciones.

Y en cuanto en el caso, y según resulta del examen de los autos elevados a nuestra consideración, se ha dado traslado a dicho Ministerio Público de todas y cada una de las actuaciones practicadas, lo que le ha permitido intervenir en aquellas fases del procedimiento en las que, en defensa del interés de la menor, ha considerado conveniente, no puede concluirse que el Órgano a quo haya incurrido en vicio procedimental alguno que, conforme a lo prevenido en el artículo 225-3º L.E.C., sea determinante de la invocada nulidad de actuaciones.

Pero aún en la hipótesis de ser ello así, lo que se admite a los solos efectos de la pura especulación dialéctico-jurídica, la actuación de dicho Ministerio en la fase del recurso, emitiendo el oportuno informe acerca de la cuestión controvertida que afecta a la menor, determina, conforme mantiene el Tribunal Supremo, la subsanación de aquellas denunciadas omisiones, no imputables, de otro lado, al Órgano jurisdiccional.

Razones que hacen decaer el motivo impugnatorio articulado en este extremo del debate.

CUARTO.- Acerca del "quantum" de la pensión alimenticia.

Al contrario de lo que mantiene la parte apelante, las previsiones de los artículos 90 y 91, in fine, del Código Civil, en orden a los condicionantes fácticos que pueden determinar la modificación judicial de las medidas complementarias establecidas en un procedimiento matrimonial, tan sólo resultan de estricta aplicación en el ámbito procesal regulado por el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no en aquellos otros supuestos, como en el presente acaece, en que se han de establecer, ex novo, los efectos

complementarios del divorcio de los litigantes, por más que los mismos hayan sido objeto de regulación provisional en el cauce del artículo 773 del referido texto legal.

En efecto, en la litis principal, y sobre la base de lo actuado en la misma, el juzgador ha de acordar las medidas que mejor se ajusten a la situación fáctica sometida a su consideración, según el resultado de la prueba practicada, sin encontrarse estrictamente vinculado, en su decisión al respecto, por lo que, sobre los referidos efectos, haya podido acordarse en la fase de medidas provisionales, ya que ninguna norma reproduce, en tal ámbito procesal, las previsiones de los referidos artículos 90 y 91, in fine, del Código Civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ello sentado, la problemática suscitada ha de derivarse, en orden a su apoyo legal, a las previsiones contenidas en los artículos 93, 145 y 146 del Código Civil . Consagran los mismos criterios de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y los medios económicos del alimentante, con distribución de dicha carga, en el supuesto de ser dos o más los obligados, en proporción a su caudal respectivo. Añade el Tribunal Supremo que lo que dichos preceptos tienen en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente las necesidades del acreedor del derecho puestas en relación con el patrimonio de aquél (S. 16-11-1978).

En el caso que examinamos, la ahora recurrente, tanto a través de su escrito de demanda como en el de contestación al formulado de contrario, tan sólo hace referencia, en cuanto condicionante fáctico del "quantum" de la aportación económica que reclama del otro progenitor, a los ingresos salariales del mismo, sin exponer, y mucho menos acreditar, los gastos que, incluidos en las previsiones del artículo 142 C.C ., pueda generar la común descendiente.

En el curso ulterior del procedimiento, ha quedado acreditado que la hija no tiene especiales gastos por enseñanza, ya que cursa sus estudios en un Instituto público y, por ende, en régimen de gratuidad. Ciertamente es que, al fin debatido, deben ser ponderados también los demás gastos, de difícil justificación puntual pero de elemental previsión, que puede generar una adolescente de la edad de Rosa María en el entorno socio-económico en que la misma se desenvuelve, y ello tanto a nivel estrictamente individual (alimentación, vestido, calzado, ocio.), como por su participación porcentual en los comunes del grupo familiar en que la misma ha quedado integrada (suministros de la vivienda, gastos de comunidad de propietarios, etc.) y que el Sr. Nicolas , en su escrito de demanda, calcula en 211,89 €, cifra esta que, si bien pudiera considerarse excesivamente parca, tampoco es rebatida por la hoy recurrente en su escrito de contestación.

D. Nicolas , según la declaración de IRPF correspondiente al año 2006, obtuvo unas retribuciones dinerarias brutas de 34.895,56 € de los que, restados los gastos fiscalmente deducibles (2.341,99 €) y la cuota del impuesto (3.395,47 €), resultó un neto de 29.158,1 €, esto es un promedio de 2.429,84 € en su prorrateo entre los doce meses del año. Con tales recursos ha de hacer frente el mismo, junto con su propia manutención, vestido y alojamiento, a la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, cuyo uso ha sido asignado a la hija en unión de la hoy recurrente, lo que implica un desembolso en torno a 650 € al mes, incrementados con la amortización, en igual proporción, del resto de las deudas que pesan sobre la economía familiar, según se acredita a los folios 66 y siguientes de las actuaciones.

Bajo tales condicionantes, no podemos concluir que el pronunciamiento al respecto contenido en la Sentencia de instancia, que cifra la aportación paterna en 350 € al mes, además de la mitad de los gastos extraordinarios que pueda generar la común descendiente, infrinja, por defecto, los parámetros legales antedichos, armonizando por el contrario, y en un equilibrio siempre difícil, los diversos intereses, todos ellos legítimos, puestos en juego a través de la litis, por lo que la pretensión revocatoria al efecto articulada ha de perecer.

QUINTO.- Pensión compensatoria.

Previene los artículos 399 y 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en la demanda ha de fijarse, con claridad y precisión, lo que se pide. Y añade el artículo 411 que establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

La hoy recurrente, ni en su escrito de demanda, ni en el de contestación a la presentada de contrario, determina el alcance cuantitativo de la pensión que reclama a su favor, limitándose a postular que el Juzgado determine la cantidad a abonar por tal concepto. Se olvida así que, al contrario lo que acaece con las medidas relativas a los hijos menores o incapacitados, aquélla se encuentra ineludiblemente vinculada por el principio dispositivo o de aportación de parte que proclama el artículo 216 L.E.C ., en modo tal que una respuesta congruente de los tribunales a tal inconcreta petición, determinada necesariamente por el suplico de los referidos escritos, nunca podrá otorgar más de lo pedido, en este caso de lo no solicitado.

En último término, y aunque pudiera prescindirse de dicho obstáculo procesal, parece conveniente recordar que, según viene manteniendo esta Sala, en armonía con mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, la figura que contempla el artículo 97 del Código Civil no puede concebirse como un instrumento de indiscriminada nivelación, o al menos aproximación, de las disparejas economías de los cónyuges que, latente durante el matrimonio, haya de activarse automáticamente al surgir la crisis convivencial sometida a regulación judicial.

En efecto, la legítima finalidad de la pensión, en supuestos como el presente, debe ser la de ayudar económicamente al cónyuge beneficiario en tanto el mismo alcanza, si ello fuere viable, aquel grado de promoción profesional y, por ende, de autonomía económica, de que hubiere podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, en cuanto el mismo, por su dedicación a la familia y tareas del hogar, le haya supuesto un impedimento o rémora en su incorporación al mercado de trabajo.

En su escrito de demanda, la dirección Letrada de D^a Noemi alega, en cuanto apoyo fáctico de la pretensión al efecto formulada, que dicha litigante ha dedicado su vida "como ama de casa y que actualmente no tiene trabajo, ni posiblemente no lo pueda obtener en largo tiempo, puesto que su salud no se lo permite...".

Tales aseveraciones han quedado, en gran medida, desvirtuadas en el curso ulterior del procedimiento, habida cuenta que, como se acredita mediante el informe de vida laboral incorporado al folio 243, la citada litigante, que contrajo matrimonio en fecha 4 de febrero de 1984, se encontraba entonces trabajando, desde el mes de septiembre de 1973, en la entidad Manufacturas Martínez, situación que se mantiene hasta el día 29 de septiembre de 1985, suscribiendo un nuevo contrato con la referida entidad a principios del año 1986, que se prolonga durante 383 días, pasando posteriormente a percibir prestación y subsidio de desempleo, agotando éste último en el mes de febrero de 1991. En marzo de 1994, se incorpora a la entidad Mensacar Courier S.L., situación que se mantiene durante 92 días. En fecha 13 de septiembre de 2003 se da de alta en el sistema de la Seguridad Social como autónoma, explotando un negocio de prendas de vestir, actividad que finaliza en fecha 30 de septiembre de 2005, sin que se hayan acreditado las causas de tal cese negocial.

No obstante la situación de paro laboral que se produce a partir de dicho momento, no se inscribe, como demandante de empleo, hasta el 18 de septiembre de 2007 (folio 206), esto es pocas fechas antes de presentar su demanda de divorcio.

De todo ello se infiere que la divergencia económica que entre los cónyuges pueda existir no tiene su origen o causa desencadenante en la dedicación de la esposa al cuidado de la familia o tareas del hogar, sino en los avatares en que la misma se ha visto envuelta en su devenir laboral, sin que conste que los mismos hayan estado condicionados por el matrimonio.

Resulta llamativo, al fin debatido, lo escaso de la suma reclamada, según la extemporánea concreción realizada en el acto de la vista celebrado en la instancia, y que resulta insuficiente, no sólo para atender sus necesidades más básicas, sino también para sufragar la mitad de las deudas que pesan sobre la economía familiar, pronunciándose en este respecto del que, no obstante su inicial planteamiento exoneratorio, no solicita dicha litigante su revocación, total o parcial, a través del presente recurso.

Son, por ello, excesivas las dudas que suscita la situación económico-laboral de dicha litigante y que a la misma incumbía despejar, de conformidad con el principio de carga de la prueba que sanciona el artículo 217-2 L.E.C., lo que atrae al caso lo prevenido en el apartado número 1 del mismo precepto, a cuyo tenor cuando, al tiempo de dictar sentencia, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del litigante a quien corresponda la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones.

Razones todas ellas que, aisladamente y en su conjunto, determinan el rechazo del último de los motivos del recurso.

SEXTO.- No obstante el sentido de esta resolución, en consideración a la naturaleza de las cuestiones suscitadas, singulares circunstancias concurrentes en el caso y flexibilidad permitida en este tipo de procedimientos, en el contexto de la crisis matrimonial, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, conforme facultan los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por D^a Noemi contra la Sentencia dictada, en fecha 15 de abril de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Alcalá de Henares, en autos de divorcio seguidos, bajo el núm. 1072/2007, entre dicha litigante y D. Nicolas, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

No se hace especial condena en las costas procesales devengadas en la presente alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Hijas Fernández; doy fe

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222009100169