



Roj: **SAP CO 267/2014 - ECLI: ES:APCO:2014:267**

Id Cendoj: **14021370012014100133**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2014**

Nº de Recurso: **117/2014**

Nº de Resolución: **144/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA.

SECCIÓN 1ª- CIVIL.

SENTENCIA Nº 144/14 .-

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

Don Felipe Moreno Gómez

Don José María Morillo Velarde Pérez

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Posadas

Autos: Familia. Divorcio Contencioso 289/12

Rollo nº 117

Año 2014

En Córdoba, a veintiocho de marzo de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por DOÑA Antonia , representados por la procuradora Sra. Esteo Dominguez y asistido del letrado Sr. Hernández Cebrián, siendo parte apelada DON Jose Enrique , representado por la procuradora Sra. Alcaide Bocero y asisitido del letrado Sr. Yagüe García . Es Ponente del recurso D. Pedro Roque Villamor Montoro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO .- Se dictó sentencia con fecha 11.7.2013 cuyo fallo textualmente dice: "Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. alcaide Bocero en nombre y representación de Don Jose Enrique frente a Doña Antonia debo *decretar la disolución por divorcio* del matrimonio canónico que ambos Contrajeron en Écija, el 2 de mayo de 2008, y ello, con todos los efectos legales inherentes a esa declaración y los siguientes:

Patria Potestad compartida entre ambos progenitores.

Guarda y custodia de los hijos menores a favor de la madre.



3. Atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal a los menores y al progenitor custodio en cuya compañía quedan, en este caso a su madre.
4. Establecimiento de una pensión alimenticia a favor de los menores y a cargo del progenitor no custodio de 200 euros mensuales por cada hijo (400 en total), cantidad que deberá ingresar el padre en la cuenta que la madre designe dentro de los cinco primeros días de cada mes. Esta cantidad será actualizable conforme al IPC o índice que legalmente lo sustituya.
5. Los gastos extraordinarios serán por mitad entre ambos progenitores.
6. Establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio que se articulará del siguiente modo:
 - a. Fines de semana alternos desde el viernes a las 18:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas. La entrega y recogida se realizará en el domicilio de los menores cuando el padre acuda desde Madrid en coche, sino será en la estación del Ave de Córdoba, en cuyo caso la madre acercará a los menores para que el padre lo recoja.
 - b. Durante los meses de julio y agosto, corresponderá su disfrute quince días a cada uno de modo alternativo. La entrega y recogida se realizará a las 12:00 horas de la mañana del día inicio/fin de cada periodo en el modo descrito en el apartado anterior. Le corresponderá a cada uno la mitad de las vacaciones de semana santa y navidad. En los años pares, el padre estará con el menor desde el viernes de dolores hasta el miércoles santo, y la madre el resto. En años impares, le corresponderá la primera mitad de la semana santa. Las vacaciones de navidad se dividirán en dos periodos, el primero desde el inicio de las vacaciones a las 17 horas, hasta el 30 de diciembre a las 17 horas y el segundo, desde ese momento hasta el inicio de las clases. Al padre le corresponderá disfrutar de la primera mitad en los años pares y la segunda en los impares y viceversa.
 - c. El anterior régimen de visitas regirá respecto del hijo mayor y en relación a su hija Rafaela, se establece un régimen con carácter transitorio hasta que esta cumpla la edad de 18 meses. Así, el padre tendrá derecho a estar en compañía de su hija menor los mismos días que



le corresponda estar con el mayor de sus hijos,
aunque sin pernoctas hasta alcanzar la edad antes dicha.

7. Los padres podrán comunicar libremente con hijo
siempre con respeto a sus horas de descanso y de e,
en caso de discrepancia se establece para las
comunicaciones telefónicas el horario de artes,
miércoles y jueves de 19:30 a 20:00 horas.

Ambos progenitores contribuirán por mital al levantamiento de las cargas del matrimonio, abonando conjuntamente al 50% el préstamo hipotecario que recae sobre su vivienda.

No procede hacer especial pronunciamiento en costas."

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se preparó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada que en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes. Esta Sala se reunió para deliberación el 28.3.2014.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, y

PRIMERO.- El recurso viene a referirse a pronunciamientos relativos a los menores hijos de las partes, uno nacido el NUM000 .2009 y otra nacida el NUM001 .2012, y hace referencia a incongruencia de la sentencia al realizar pronunciamientos que no fueron solicitados ni en demanda ni en contestación, ni se corresponden a las medidas provisionales acordadas por auto de 16.10.2012, tanto en cuanto al lugar y hora de recogida, incluso lo relativo a la hija menor respecto a la que nada se solicitaba en demanda, la fijación de régimen de visitas común para ambos hermanos una vez que la menor alcanzara los dieciocho meses, y a los alimentos fijados para los menores todo ello con cita de diversos preceptos (artículos 103 , 93 , 145.1 y 146 del Código Civil).

SEGUNDO.- Dados los términos en que se pronuncia el recurso, conviene recordar que estamos hablando de una materia en la que es el superior interés de los menores lo que ha de perseguirse por el Tribunal cuando fija medidas a ellos relativas, de ahí que exista indisponibilidad sobre el objeto (artículo 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que el Tribunal esté vinculado por la conformidad de las partes sobre ese tipo de medidas (artículo 752.2), incluso la no preclusión de introducir de hecho o proposición de prueba (arts 752.1). Por otra parte, en sentencia el Tribunal se ha de pronunciar en relación a las medidas previamente acordadas (artículos 774.3), y, ya en concreto, se ha sostenido reiteradamente por esta Sala que la modificación de las medidas provisionales ha de ir justificado con la correspondiente motivación del por qué en sentencia se entiende que las medidas han de ser otras a las que se fijaron con carácter previo, pues de no hacerlo así se han de mantener las provisionalmente acordadas. En todo caso, es claro que no rige en este tipo de procesos los mismos principios que para el proceso civil en general, que son los que menciona la parte para hablar de incongruencia o modificación de los términos del debate.

TERCERO.- Dicho esto, y ya en este caso concreto contamos con que, primero, la demanda presentada por el apelado lo fue con fecha 11.5.2012, siendo así que la hija menor nació días después, con lo que difícilmente podría solicitarse en ese momento medidas concretas sobre quien en ese momento no ha nacido; segundo, que en la vista de medidas provisionales celebrada el 9.10.2012, se llegó a un acuerdo expuesto por las partes en dicho acto, asumido por el Tribunal tal y como se desprende de la fundamentación del auto de 16.10.2012 dictado al efecto; y tercero, en ese auto se dispuso un régimen de recogida del mayor de los hijos en el hogar familiar o en la estación del Ave de Córdoba, " *cuando así lo acuerden las partes* ", siendo así que en el acuerdo expuesto oralmente y al que se hacía antes referencia se decía que la recogida en el que fue hogar familiar sería cuando viniera el padre en coche, lo que evidentemente no se trasladó al auto de referencia, sin que esto se pueda obviar so pretexto de que el Tribunal era soberano para modificarlo en ese particular si eso redundaba en interés del menor afectado, puesto que, como antes se decía nada se decía al efecto en la resolución dictada.

CUARTO.- De lo que se acaba de exponer es claro que no existe la incongruencia en la sentencia apelada en el particular del régimen de recogida que traslada lo que se había acordado por los padres, y que debe de entenderse ratificado por el Tribunal, tratándose de una mera falta de concordancia entre el acuerdo y lo que se plasmó como tal a ese auto de medidas provisionales. A renglón seguido no pueden atenderse ni problemas



de horario, ni de dificultades de viaje de La Carlota a la estación de tren de esta ciudad para la entrega que se trata de regular, que de existir ya se darían cuando se plasmó el acuerdo en trámite de medidas provisionales, con la particularidad de que el padre ya se traslada desde Madrid, y son esos fines de semana alternos, los que puede disfrutar de la presencia de sus hijos menores, pues no hay otro momento posible de tener contacto físico. Semejante respuesta merece lo que se plantea a propósito de los alimentos, pues es la suma de 200 por hijo menor, lo que se recogió en el acuerdo, plasmó el auto de medidas provisionales y recoge la sentencia, sin que el hecho de la diferencia de salario de madre y padre pueda autorizar otra cosa, pues aquí se ha de atender a las necesidades del menor y a la capacidad económica del padre que los abona, y en este sentido no puede obviarse que aunque sea la madre la que atiende diariamente a los menores, lo que supone una contribución no menor a las necesidades materiales de estos, también lo es que ella es quien reside en la vivienda familiar, que no el padre, que, por una vía u otra, ha de proporcionarse vivienda, independientemente de los gastos de traslado que asume para tener consigo a sus hijos.

QUINTO.- Existe una discrepancia en cuanto al régimen de visitas que se acordó y recogió el auto de medidas (con la desviación antes indicada) y lo concedido en sentencia, en relación a la hija menor, puesto que allí se concedía régimen de visitas cuando viniera a recoger al hijo mayor hasta que cumpliera los tres años. La sentencia rebaja a los 18 meses ese momento y eso es lo que ataca el recurso. Como antes se ha dicho no es de recibo que no se hubiera pedido nada en demanda (presentada antes del nacimiento de la menor), ni en la contestación, a tenor de las peculiaridades propias de esta materia y antes indicadas. Si puede decirse que se produce esa discordancia en cuanto a la edad a partir de la cual regiría el mismo régimen para ambos hermanos, pues de los tres años del auto, se pasa a dieciocho meses en la sentencia. Precisamente este límite temporal ya aparecía en el escrito de contestación a la demanda de la parte recurrente (folio 64 vto) en cuanto que disponía tres fases hasta los cinco años, edad ésta en la si hablaba para ambos menores de fines de semana alternos completos con el padre, pues antes, tanto hasta los 18 meses de la menor, como hasta que ambos cumplieran los cinco años indicados, se indicaban ciertas horas el viernes, el sábado y el domingo, sin pernocta lógicamente. Se podrá decir que la sentencia viene a fijar el límite en los 18 meses antes aludidos y para ello indica que se han de normalizar las visitas y la relación de padre e hija. Esta Sala constata que no se aducen razones de interés del menor que justifiquen fijar otra edad, y entiende que este régimen es procedente pues que no puede olvidar que el padre reside lejos del domicilio materno de los menores, que la posibilidad de compaginar un régimen de horas durante los fines de semana alternos concedidos, pasan porque o todos los fines de semana venga a Córdoba, uno a recoger a su hijo menor, y otro para estar con la menor, o que el fin de semana que lo haga tenga que quedarse en La Carlota o lugar próximo, para poder compaginar su fin de semana completo con el mayor, y el de varias horas con la menor. Pues bien, si se ha de proporcionar a los hijos el mayor contacto posible con sus progenitores en tanto que ello es beneficioso para ellos, y no encontrándose en la menor ni en el padre ninguna circunstancia que desaconseje ese cambio temporal de guarda, y sin que tampoco se pueda presumir ningún tipo de falta de capacidad para atender a la menor, se considera que, ya cumplidos esos 18 meses, puede, junto con su hermano, estar con su padre esos fines de semana alternos tal y como dispone la sentencia apelada, que también en este sentido ha de ser confirmada.

SEXTO.- De cuanto antecede se desprende que el recurso ha de ser desestimado sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada a tenor de la materia sobre la que ha versado la impugnación y las razones que se barajan.

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Antonia contra la sentencia dictada con fecha 11.7.2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Posadas, que se confirma íntegramente sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.