

DERECHO DE FAMILIA. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS DE SENTENCIA DE DIVORCIO: VISITAS, ALIMENTOS Y GASTOS EXTRAORDINARIOS

CARLOS BELTRÁ CABELLO
Secretario Judicial

Palabras clave: sentencia de divorcio, modificación de medidas, intervención de menores en el proceso.

ENUNCIADO

Por la actora, «doña Ramona GF», se promovió incidente de modificación de medidas de la sentencia dictada en septiembre de 2001, frente a «don Severino HF», por el que solicita la modificación de las medidas en su día adoptadas respecto al hijo común de los litigantes, «don Álvaro HG» nacido el 1 de julio de 1996. Concretamente, solicita la actora la modificación del régimen de visitas de modo que se supriman las visitas intersemanales establecidas los días martes y jueves de cada semana, que las vacaciones de verano no lo sean por mitad para cada progenitor, sino que el niño esté con el padre un mes e igualmente se solicita, en cuanto al régimen establecido de fines de semana alternos, que el mismo sea modificado en el único sentido de que el menor se reintegre al domicilio materno el domingo a las 20:30 horas y no como viene establecido que la estancia con el padre se prolongue desde las 20:30 horas del viernes hasta la mañana de lunes en que el padre acompaña al menor al colegio. Igualmente solicita la actora que se modifique la contribución del padre a los alimentos del hijo, de modo que en lugar de los 275 euros mensuales que viene abonando en la actualidad, aquél abone al hijo para los alimentos de éste 400 euros mensuales. Finalmente solicita que el demandado satisfaga la mitad de los gastos extraordinarios que genere el menor.

La jueza de instancia desestimó la pretensión, que es recurrida en apelación por la demandante.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Nulidad de la exploración judicial del menor.

2. Supresión de la visita intersemanal y finalización del fin de semana.
3. Pensión de alimentos y gastos extraordinarios.

SOLUCIÓN

1. La recurrente, en el escrito de interposición del recurso, alega en primer lugar la infracción de normas procesales que a su juicio debería abocar a la nulidad de actuaciones, toda vez que el menor fue explorado por la juzgadora de instancia sin estar presente el Ministerio Fiscal ni el secretario judicial y sin que se haya documentado la exploración. La precedente petición no puede ser apreciada. Ciertamente no puede desconocerse que de conformidad con el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de 30 días.

Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario. (Téngase en cuenta la nueva redacción de este precepto: Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de 30 días).

Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de 12 años.

En relación a esta cuestión, si debe documentarse o no el resultado de dicha exploración, se debe entender que la exploración de los menores debe documentarse siendo preceptiva la intervención del secretario judicial, quien da fe del hecho y de las manifestaciones. En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, al mismo se le comunicaba el hecho de la exploración como a las partes, no

requiriéndose su intervención, situación que debe ser modificada a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 2006.

La cuestión a resolver no debe recaer en cuanto a la documentación del acto, que se considera preceptivo, sino que el tema principal gravita en la publicidad que pueda darse a la exploración a fin de preservar el interés del menor. La conclusión es que siempre han de ponerse las manifestaciones del menor en conocimiento de las partes a fin de garantizar una defensa adecuada, pudiendo matizar o replicar aquellas afirmaciones hechas por el menor, que en muchas ocasiones tienen una trascendencia evidente a la hora de determinar la guarda y custodia o el régimen de comunicación de los menores. Y en este sentido se puede observar cómo, cuando se practican informes periciales, se hacen constar las manifestaciones de los menores y ello en ningún momento se ha pretendido que pueda ser ocultado a las partes.

El artículo 92.6 del Código Civil establece que, en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe al Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, valorar la alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Esta disposición se complementa con el artículo 9.º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio, y que cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

La Sala de apelación ha procedido a la exploración del menor y el resultado de ese acto fue puesto en conocimiento de las partes y del Ministerio Público; por lo tanto, la Sala entiende que ha quedado subsanada cualquier situación de indefensión que pudieran estimar los litigantes haber sufrido.

2. Las manifestaciones que en ese acto vertieron el padre del menor y su compañera sentimental y valorando, asimismo, las manifestaciones del niño, que se mostró partidario de la restricción de las visitas postulada por su madre, la Sala estima, en aplicación del principio del interés superior del menor, que procede acoger el recurso en lo que se refiere al día final de los fines de semana alternos que el menor pasa con su padre, pues se considera que es mejor para el hábito escolar del menor y su propia tranquilidad que el mismo se reintegre al domicilio materno el domingo a las 20:30 horas, de modo que si le queda alguna tarea escolar la finalice allí y que se incorpore al colegio el lunes por la mañana desde el domicilio donde habitualmente reside. En cuanto al resto del sistema establecido de

comunicación entre padre e hijo, ciertamente no se ha aportado ninguna prueba que permita concluir que las visitas intersemanales alteren el desarrollo escolar del menor, pero también es cierto que dada la existencia de actividades extraescolares, ello incide en una merma del tiempo que puede estar el hijo con su padre, debiendo además hacer los deberes, lo que se estima puede provocar desasosiego en el menor, tal como el mismo sostuvo; de ahí que la Sala estime procedente reducir las visitas intersemanales a un día, el jueves. Diversamente no se ve razón para modificar un sistema de vacaciones cuya incidencia negativa en el niño no se ha acreditado.

3. En lo atinente a los alimentos del menor, el tema de la alteración de circunstancias no tiene la misma incidencia que cuando se aborda el de alimentos de un hijo mayor de edad, hasta el punto de que tratándose de menores, los órganos judiciales tienen competencias de oficio, no hallándose sometidos al principio de rogación. Pues bien, siendo ello así y acreditado que la madre en la actualidad se encuentra en situación de desempleo, percibiendo una prestación de alrededor de 500 euros mensuales, y siendo el promedio de los ingresos del padre de 1.750 euros mensuales, debiendo abonar para la mujer y los dos hijos de su primer matrimonio 450 euros al mes, así como proveer a su propio alimento y vestido y afrontar los gastos que le supone trasladarse a su lugar de trabajo, y valorando asimismo la edad del menor y que el mismo desarrolla actividades extraescolares, se estima adecuado fijar los alimentos en 300 euros mensuales, con el mismo sistema de revalorización fijado en la sentencia que establece los alimentos.

En lo tocante a los gastos extraordinarios, deben ser satisfechos por mitad por cada progenitor, entendiéndose que de acuerdo con el contenido propio de la patria potestad (art. 154 del CC) parece que no debe haber duda sobre la obligada contribución por ambos progenitores, ya que son susceptibles de inclusión dentro del deber de protección y alimentos que conforma aquella, como tampoco debiera dudarse sobre que (salvo referencia expresa contenida en la sentencia matrimonial o que resulte de sus fundamentos) no deben entenderse incluidos en la medida alimentaria de pensión en beneficio de los hijos comunes so pena de desconocer tanto la realidad social (art. 3.º del CC) como la propia caracterización como imprevisibles e inhabituales que identifica aquel tipo de gastos distinguiéndolos de los ordinarios, que son los habitualmente considerados por la medida decretada en sede de proceso matrimonial teniendo como notas caracterizadoras de los gastos extraordinarios su carácter imprevisible y su inhabitualidad.

En cuanto al carácter imprevisible e inhabitual de esos gastos extraordinarios, supone que el primero determina la improcedencia de fijar una suma concreta y periódica para su pago, ya que sería inoportuno y, de seguro, también inoperante concretar mediante su relación o enumeración exhaustiva, en aras de prevenir futuros conflictos y facilitar la ejecución, identificar y enumerar algunos tanto más si en el proceso se debatió sobre su carácter ordinario o extraordinario y se establece diverso criterio contributivo, pero siempre incluyendo, en tal caso, una fórmula abierta capaz de aglutinar futuros gastos no considerados aún, dado su difícil objetivización para el futuro.

El carácter necesario de los mismos debe entenderse como opuesto a suentario, pudiendo ser que se refieran a aspectos accesorios o complementarios de la formación y asistencia de los hijos de acuerdo con el contexto y las reales posibilidades económicas de los progenitores.

Por último, su cuantía debe entenderse como accidental y, en su caso, indicativa de su carácter no ordinario o extraordinario, pues esto último no debe equipararse a cuantioso, mientras que, por el contrario, lo cuantioso, necesario y conveniente suele estar asociado en estos temas a lo imprevisible.

Para la determinación de los gastos extraordinarios se ha definido su carácter consensuado como consecuencia cabal de que el ejercicio de la patria potestad es conjunta, como así lo decreta el artículo 156 del Código Civil, que sólo exime de la intervención del otro progenitor para los actos habituales y conformes con el uso social y los de urgente necesidad; premisas legales a las que se habrá de estar en orden a la contratación del gasto, interviniendo los tribunales en caso de desacuerdo en cuanto garantes del interés del menor, pues no se debe olvidar que, más allá del gasto, el sujeto destinatario del mismo y afectado por su fin es el menor.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 3.º, 90, 91, 92, 93, 154 y 156.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 770, regla 4.ª.
- STC 163/2009, de 29 de junio.
- SSAP de Barcelona, de 19 de julio de 1999, de Zaragoza, de 18 de noviembre de 2002, de Las Palmas, de 15 de junio de 2004, de Lugo, de 2 de julio de 2004, y de Barcelona, de 22 de marzo de 2005.