

SECCIÓN Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA

SENTENCIA nº 199/2022

En Almería, a nueve de febrero de dos mil veintidós.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación el rollo número ■■■/2021, procedente de los autos de divorcio contencioso ■■■/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Ejido.

Es parte apelante D^a xxxxxx xxxxx xxxxxxxxxxx, representada por el Procurador D. xxxx xxxxx xxxxxxx xxxxx y asistida por letrada D^a xxxxx xxxxxxxxxxx xxxxx.

Es parte apelada D. xxxxxxx xxxxx xxxxx, representado por el Procurador D. xxxx xxxxx xxxxxxx xxx y asistido por la letrada **D^a CARMEN MANZANO ESPINOSA**.

Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. xxxx xxxxxxx xxxxxxx xxxxx, que expresa la opinión de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- En el procedimiento de referencia consta Sentencia 181/2020, de 19 de noviembre, con el siguiente fallo: “Declaro el divorcio del matrimonio celebrado entre don xxxxxxx xxxx xxxxx xxxxx y doña xxxxxxx xxxxxxx xxxxxxxxxxx, con la correspondiente disolución del régimen económico matrimonial, y la adopción de las siguientes medidas: 1. Se acuerda el ejercicio conjunto de la patria potestad. 2. Se atribuye la guarda y custodia de ambos menores a los dos progenitores, por períodos semanales. 3. Se fija un régimen de visitas para los períodos vacacionales, del siguiente modo: Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos: desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre a las 12:00 horas; y desde esta fecha, al comienzo de las clases. Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos: desde el viernes de Dolores al Miércoles Santo a las 12:00 horas; y, desde este momento, al domingo de Resurrección a las 20:00 horas. Y, el verano (meses de julio y agosto), se dividirá por quincenas. Al padre le corresponderá elegir los períodos los años pares y a la madre los impares. 4. No se fija pensión de alimentos, debiendo ambos progenitores abonar por mitad los gastos extraordinarios. 5. Se atribuye el domicilio familiar a ambos progenitores por semanas alternas, correspondiéndoles en la semana en que ejerzan la custodia sobre los hijos menores. Se imponen las costas a la parte demandada”.

2.- El fundamento de derecho séptimo del cuerpo de la sentencia decía lo siguiente: “Si bien con carácter general por este Juzgado no se imponen costas en este procedimiento, dada su especial naturaleza, en el presente caso hemos de realizar una excepción. Y ello, porque considero que concurre mala fe en la parte demandada. La misma alude en su contestación a

la demanda que la voluntad de los menores es el establecimiento de un régimen de custodia materna. En cambio, los menores son bastante claros en la exploración realizada.

Hubiera bastante que por doña xxxxxx se hubiera hecho tal consulta a los menores de forma previa para ahorrarles el trámite de comparecer en sede judicial. Es más, nos llama poderosamente la atención que en su minuta de prueba la parte demandada proponga hasta cuatro testificales y, en cambio, no solicite oír el criterio de los menores -que, recordemos, tienen la edad de 14 y 16 años-. Todo lo anterior nos lleva a concluir que existe una evidente mala fe por la parte demandada. No se priman los intereses de los menores y se alegan datos que no se corresponden con lo afirmado por los hijos comunes. Debe recordarse que el interés de los menores no es accesorio a las pretensiones patrimoniales de las partes, sino que es el interés supremo al que debe atender el procedimiento. Por lo expuesto, al amparo del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen las costas a la parte demandada”.

3.- Con traslado a la condenada en costas, presentó recurso de apelación, con la pretensión de suprimir tal pronunciamiento de costas.

4.-Con traslado a la contraparte, que impugnó el recurso, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia, se denegó prueba solicitada por el recurrente, se señaló día para deliberación y votación para el pasado día 8, quedando el Rollo de Sala pendiente de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- En nuestro Auto de 26 de febrero de 2018, dictado en el Rollo 1308/2016, dijimos que no cabe en procedimientos de familia imposición de costas porque dichos procedimientos son necesarios para legalizar los sistemas de guarda y custodia y legitimar un título ejecutivo para subvenir a las necesidades de menores de edad, salvo que se aprecien circunstancias especiales que aconsejen retornar a la regla general.

2.- En efecto, esta misma Sala (entre otras, Sentencia de 22 de julio de 2014, Rollo 126/2014) ha aceptado un criterio generalizado establecido por la llamada "jurisprudencia menor" (SAP de Murcia -Sección 5ª- 353/2011 de 13 diciembre, Baleares, Sección 5ª, de 13 de julio de 2004 (nº 312/2004, rec. 302/2004), consistente en no imponer costas en asuntos de familia, siempre que se discutan asuntos estrictamente familiares, dado que los pronunciamientos judiciales en esta materia son, en reiteradas ocasiones, necesarios para el desenvolvimiento de las relaciones paterno-filiales.

3.- En este sentido, constituye criterio mantenido con anterioridad por esta Sección, que pese a la confirmación de un recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada, pues, no obstante el tenor del apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398, constituye un criterio o uso habitual adoptado por los tribunales de no imponer las costas a ninguna de las partes en los procesos matrimoniales. Existe una corriente jurisprudencial en la que en el ámbito de

derecho de familia de hecho se aplica como principio general el criterio subjetivo o el de la temeridad, o que atiende a la facultad discrecional del Juzgador que le permite el artículo 394.1 de no efectuar expresa imposición de costas.

4.- Y en el presente caso, existen motivos suficientes apreciados por el juzgador de instancia para apartarse de la regla general en familia y someterse a la general de todo procedimiento civil, recordando que la regla especial de procedimientos de familia no está en la Ley, sino que se trata de una creación jurisprudencial. Al respecto, poco importa que la estimación de la demanda haya sido parcial, puesto que, primero, la principal petición de la actora, la de custodia compartida, está plenamente acogida, y, segundo, lo apreciado por el juzgador es mala fe, lo que legitima la imposición de costas por estimación parcial conforme al art. 394 LEC.

5.- Como ha indicado en otras ocasiones este Tribunal –SAP Almería 24/4/2012-, la mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer ésta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis, de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable.

6.- Por el contrario, hay mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada. Además del supuesto típico-legal de previo requerimiento, puede apreciarse la mala fe mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento (SS. de esta Sala de 30 de mayo de 1992, 14 de julio de 1993 y 8 de febrero de 1999, entre otras).

7.- Como dice la apelada, la misma apelante contestó a la demanda diciendo que la voluntad de los hijos es la de quedarse con la madre (así resulta si se revisa la contestación a la demanda de archivo 18 del expediente digital). Resultó ser completamente falso este aserto. La espontaneidad de los menores desmintiendo a la madre, como se aprecia en el disco compacto en que quedó registrado la vista, hace que se tenga que dudar de las afirmaciones del recurso en el sentido de que los menores han cambiado de opinión desde contestación a la vista.

8.- Más aún, tal pretendido cambio de opinión no fue informado por la madre cuando el juzgador a quo les exhortó encarecidamente a que solucionen la controversia en un asunto que estaba claro a la vista de la voluntad expresa de los menores. La respuesta de la madre de que el padre nunca se sienta a negociar se le vuelve en su contra: a la vista de su respuesta, es ella la que, ante un supuesto tan palmario, no se atiende a negociación alguna, recordando que para negociar este asunto no era necesario sentarse con su ex-marido: para eso están los letrados.

9.- Por tanto, procede la desestimación del recurso, con confirmación de la resolución recurrida, y con imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto,

F A L L A M O S

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia 181/2020, de 19 de noviembre, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Ejido en autos 358/2020 del que deriva la presente alzada,

1.- CONFIRMAMOS la expresada resolución.

2.- Con imposición de costas al recurrente.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.