

# EDJ 2010/64074

AP Barcelona, sec. 12ª, S 2-3-2010, nº 126/2010, rec. 383/2009

Pte: Vigo Morancho, Agustín

## Resumen

*Estima la AP parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; revoca la Sala el pronunciamiento de la instancia. Entre las diversas cuestiones planteadas, considera procedente la reducción de la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia, al no resultar la cuantía fijada proporcional a las necesidades de los menores y dados los ingresos de los progenitores.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.218

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña art.267

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

- Pensiones alimenticias a los hijos
  - Determinación de la cuantía
  - Obligación de ambos cónyuges
  - Proporcional a ingresos y necesidades

- Régimen de visitas
  - Otras cuestiones

- Otros supuestos

### REGÍMENES FORALES

#### CATALUÑA

- Otras cuestiones

### SENTENCIA

#### INCONGRUENCIA

- Adecuación del fallo
  - A las pretensiones de las partes
  - Expresadas en el petitum de la demanda

- Omisión de pronunciamientos

- Incongruencia omisiva

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.267 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Cita art.394.2, art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.9 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

## Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía STS Sala 1ª de 3 diciembre 1996 (J1996/8616)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía STS Sala 1ª de 5 octubre 1993 (J1993/8729)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía STS Sala 1ª de 16 noviembre 1978 (J1978/419)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMAR parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Dª Yolanda, contra su esposo D. Juan Luis, y el Ministerio Fiscal; y en consecuencia:

1.- DECRETAR el divorcio del matrimonio constituido por D. Juan Luis y Dª Yolanda contraído el día 03.09.93, constando inscrito en el Registro Civil de Sant Quirze Safaja, Sección NUM000, Tomo NUM001, Página NUM002 .

2.- ACORDAR como medidas definitivas de dicho divorcio, las siguientes:

a) La guarda y custodia de los dos hijos menores de edad del matrimonio, Laia y Anna, se atribuye a la madre; siendo el ejercicio de la patria potestad compartida por ambos progenitores.

b) El uso y disfrute del domicilio familiar se atribuye a la madre y a las hijas; debiendo cada progenitor abonar la mitad del IBI, seguro de hogar y, gastos de la comunidad que sean extraordinarios

c) El padre, D. Juan Luis, podrá estar y disfrutar de la compañía de sus dos hijas menores de edad, Laia y Anna, los siguientes períodos: los fines de semana alternos, desde el viernes, que las recogerá en el colegio, a la salida del mismo, hasta el lunes a la mañana, que las llevará al colegio. El miércoles por la tarde, el padre recogerá a las hijas del colegio y las llevará al día siguiente, jueves, por la mañana, también al colegio. Las semanas en que el padre no tenga a las menores el fin de semana, también las recogerá del colegio los miércoles, pero las tendrá en su compañía hasta el viernes a la mañana, que las llevará de nuevo al colegio.

Las vacaciones escolares de Navidad las pasarán las hijas, la mitad de cada período con cada uno de los progenitores, siendo el primer período el que transcurre entre el 21 de diciembre hasta el 30 de diciembre incluido; y el segundo período hasta el 8 de enero incluido. Los años impares corresponderá la primera mitad de este período al madre, y los años pares al padre.

Las vacaciones escolares de verano, durante todo el mes de junio y septiembre, se aplicará el régimen de visitas general. Respecto de los meses de julio y agosto, los primeros 15 días de cada uno de ellos, corresponderá a un progenitor, y la segunda quincena al otro. La primera mitad de los años pares corresponderá a la madre y la de los años impares al padre.

En cuanto a las vacaciones escolares de Semana Santa, los años impares corresponderá a la madre, y los años pares al padre.

El régimen de visitas y estancias establecido se entiende como un régimen de vistas y estancias supletorio, y se establece sin perjuicio de que ambos progenitores, en interés de los menores, puedan establecer en cada momento uno distinto.

d) El padre, D. Juan Luis, debe abonar una pensión de alimentos a favor de cada una de sus hijas menores, Laia y Anna, de 400 euros al mes (800 euros mensuales en total para las dos hijas), que deberá abonar en los cinco primeros días de cada mes, mediante su ingreso en la cuenta bancaria que al efecto designe la madre, Dª Yolanda, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística, u organismo que le sustituya. Además, deberá abonar la mitad de los gastos extraordinarios de las menores, teniendo dicha consideración, entre otros, los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, y que supongan un desembolso puntual, así como las actividades extraescolares no directamente relacionadas con los estudios que realizan. Ambos progenitores decidirán conjuntamente la realización de tales gastos extraordinarios, en interés de las menores, y su abono, por mitades, se hará previa acreditación documental de su importe.

3.- DECLARAR las costas de oficio, y en consecuencia, condenar a cada parte a abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; salvo el Ministerio Fiscal."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso al mismo, impugnando también el Ministerio Fiscal el recurso interpuesto; elevándose finalmente las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 2 de febrero de 2.010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación, interpuesto por el demandado D. Juan Luis, se funda en tres motivos: 1) Incongruencia de la Sentencia de instancia, dado que ambas partes habían pactado un preaviso para el cumplimiento del régimen de visitas, debido a la actividad laboral del padre, lo que la Sentencia de instancia omitió. 2) La petición de que la pensión de 400 Euros al mes para cada una de las hijas LAIA y ANNA (800 Euros las dos), se reduzca a la cuantía de 450 Euros para los dos hijas, es decir, 225 Euros para cada una de ellas; y 3) Pide que se clarifique el concepto de gastos extraordinarios, que estableció la Sentencia apelada.

El primer motivo del recurso se refiere a la circunstancia de que ambas partes en el acto de la vista pactaron la fijación de un preaviso mínimo de 24 horas para el caso de que el demandado se viera imposibilitado de cumplir el régimen de visitas, dado que por su actividad, existe la eventualidad de que debiera efectuar algún viaje de carácter laboral. Este motivo del recurso debe aceptarse, ya que la parte apelada está de acuerdo con el preaviso siempre que la causa sea por motivos laborales, razón por la que debe estimarse el primer motivo del recurso de apelación.

SEGUNDO.- En materia de pensiones alimenticias, especialmente cuando se trata de pensiones a favor de los hijos menores, rige el principio de proporcionalidad en la fijación de las pensiones alimenticias establecido por el vigente artículo 267 del Código de Familia -aplicable en este proceso-, que en esta materia está acorde con lo establecido en el Código Civil EDL 1889/1, donde se distinguen los alimentos debidos como deber de quienes ostentan la patria potestad (art. 154-1º del Código Civil EDL 1889/1), de la deuda alimenticia o alimentos entre parientes (arts. 142 a 153 del Código Civil EDL 1889/1), si bien tanto en uno como en otro caso se aplicaba el principio de proporcionalidad establecido en los artículos 146 y 147 del Código Civil EDL 1889/1, pues "con carácter general la jurisprudencia viene declarando aplicable por analogía la regla de la equidad establecida en el artículo 146 del Código Civil EDL 1889/1 para la cuantía de las cargas matrimoniales, y más concretamente de la pensión alimenticia, al señalar que se atenderá tanto al caudal del obligado como las necesidades del favorecido; apreciación que el órgano jurisdiccional habrá de efectuar atendiendo a las alegaciones de las partes y las pruebas aportadas, cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad familiar que el legislador tutela, pero al propio tiempo evitando una protección desmedida con olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su propia situación (Sentencias del T.S. de 19 de octubre y 12 de diciembre de 1.981); correspondiendo la determinación de la cuantía de los alimentos al prudente arbitrio del Juez o Tribunal sentenciador (Sentencias del T.S. de 24 de febrero de 1976 y 16 de noviembre de 1978)". En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003, fundamento jurídico segundo, declaró: "En la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (Sentencias de 16-11-1978 EDJ 1978/419, 30-10-1986, 5-10-1993 EDJ 1993/8729 y 3-12-1996 EDJ 1996/8616), o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil EDL 1889/1". Esta doctrina dictada para los supuestos regulados por el Código Civil EDL 1889/1, es plenamente aplicable a los casos que caen bajo la órbita del Código de Familia, ya que su artículo 267 claramente recoge dicho principio de proporcionalidad, en el que deben tenerse en cuenta las necesidades del alimentista y los medios o recursos del alimentante, concediéndose incluso la posibilidad que los Jueces puedan aplicar la equidad moderando el importe de las pensiones alimenticias (artículo 267-2 del C.F.), lo cual está de acuerdo con el arbitrio judicial que en esta materia siempre se ha conferido a los Jueces y Tribunales a fin de que tengan en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En el caso enjuiciado, el apelante alega que sus ingresos son 2.120 Euros, no 2.700 Euros; que la Sra. Yolanda tiene el uso del domicilio familiar y no paga alquiler alguno, lo cual debe valorarse económicamente; que ambos pagan por mitad los impuestos y gastos de la vivienda familiar, la cual está exenta de hipoteca; que el demandado además abona los gastos de la vivienda que habita (impuestos, cuotas de la comunidad de propietarios y suministro); y que además paga 600 Euros para la asistencia de su padre.

Respecto a este motivo del recurso debe indicarse que en primera instancia se practicó prueba a instancia de ambas partes. En concreto, se aportó una Carta de 17 de abril de 2009 de la empresa BENTONMASS ASIST. TECN. Y PROYECTOS SA, por el cual se le comunicaba al apelante, demandado en la instancia, la suspensión del contrato de trabajo (doc. 1 del Rollo), lo cual además se acredita por la Resolución del DEPARTAMENT DE TREBALL, que aprueba la suspensión temporal de los contratos de trabajo de la referida empresa (doc. 2 del Rollo). Este hecho ha motivado que realmente más que una suspensión del contrato se ha producido una disminución en el importe de la nómina de los trabajadores, como se infiere de las nóminas de abril de 2009 (1.357 Euros), mayo de 2009 (1.386 Euros), junio de 2009 (1.640 Euros), julio de 2009 (1.208 Euros), julio de 2009 (1.070,42 Euros) y agosto de 2009 (1.152,86 Euros). Por su parte, la apelada, actora en la instancia, aportó un certificado del fallecimiento del padre del apelante en fecha de 28 de junio de 2009. Por otro lado, como se acreditó en la instancia, la actora tiene mensualmente unos ingresos de 2.805 Euros, según se deduce de sus ingresos anuales de 33.665,23 Euros, aunque la apelada alegó que los gastos anuales de las menores ascienden a 24.940,91 Euros, que dividido por doce meses dan un resultado de 1.031,20 Euros. Al respecto debe indicarse que las menores LAIA, nacida el 21 de junio de 1998, y ANNA, nacida el 15 de junio de 2003, tienen bastantes gastos, aportándose al respecto recibos del Colegio, de material escolar, de las clases de Inglés, las actividades extraordinarias y los casales de Semana Santa y Navidad, sin embargo los cálculos de la madre no pueden aceptarse en su integridad, por lo que, atendiendo a los ingresos de ambos progenitores y a las posibilidades económicas de ambos, procede reducir la pensión de alimentos a la cuantía de 250 Euros para cada hija (500 Euros las dos hijas), importe que se considera más equitativo que la suma fijada por la Sentencia de instancia.

TERCERO.- El apelante pide que se clarifiquen los gastos extraordinarios, ya que la Sentencia de instancia incluye entre ellos a las actividades extraescolares. Este motivo debe aceptarse, atendiendo al criterio seguido reiteradamente por esta Sección respecto al deslinde entre los gastos extraordinarios y los alimentos, por un lado, y los gastos extraordinarios y las actividades extraescolares, por

otro lado. En concreto, esta Sala ha reiterado que los gastos extraordinarios son aquellos que exceden de la naturaleza de gasto ordinario y sean necesarios, imprescindibles, imprevistos en ese momento, no periódicos y necesarios o conocidos, así como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada. Estos gastos, cuando concurren, deben ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, mientras que las actividades extraescolares, que no participan de los caracteres de gastos ordinarios deberán ser satisfechos en un cincuenta por ciento por cada uno de los padres, siempre que conste acuerdo sobre su realización, resolviendo la Autoridad judicial, en caso de discrepancia sobre la necesidad o conveniencia de los mismos, sin ulterior recurso. En conclusión, debe estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 1 de diciembre de 2004, dictada por el Ilmo. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell, revocándose parcialmente la misma en el sentido de fijar el preaviso de 24 horas para el supuesto que el padre, exclusivamente por motivos laborales, no pudiera cumplir el régimen de visitas; reducir la pensión de alimentos, a favor de las hijas, a la cantidad de 500 Euros para las dos (250 Euros para cada una), que se devengará desde la fecha de esta Sentencia y de fijar los gastos extraordinarios en el sentido expuesto en este fundamento jurídico.

CUARTO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas de esta alzada (artículos 394-2 y 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ).

VISTOS los artículos 117 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , 1, 2 y 9 de la LOPJ EDL 1985/8754 , los artículos 76 y 259 a 272 del Codi de Família, los citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el demandado D. Juan Luis contra la Sentencia de 1 de diciembre de 2008, dictado por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell, y, por ende, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma, efectuando los siguientes pronunciamientos:

1) SE FIJA un preaviso mínimo de 24 horas para el supuesto de que el padre, exclusivamente por motivos laborales, no pudiera cumplir el régimen de visitas establecido por la Sentencia de instancia a favor de él y las menores LAIA y ANNA.

2) SE REDUCE la pensión de alimentos a favor de las dos hijas a la suma de 500 Euros (250 Euros cada una de ellas), cantidad que se devengará desde la fecha de esta Sentencia.

3) SE MODIFICA el pronunciamiento de los gastos extraordinarios, acordando que ambos padres deberán abonar por mitad los gastos médicos o quirúrgicos y demás de salud no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada, así como todos los gastos extraordinarios, tal como se han definido en esta Sentencia, no periódicos y necesarios o conocidos,. En tal caso no será necesario el previo acuerdo de los progenitores, bastando con la comunicación posterior. Del mismo modo ambos padres deberán pagar la mitad de las actividades extraescolares, previo acuerdo sobre la realización de las mismas, decidiendo, en caso de discrepancia, la Autoridad Judicial, sin ulterior recurso.

4) Los gastos de libros y material escolar se incluyen dentro de la pensión de alimentos, mientras que las actividades complementarias, como excursiones, viajes y estancias escolares se consideran gastos extraescolares.

5) SE CONFIRMAN los demás pronunciamientos de la referida Sentencia.

NO SE EFECTÚA especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Así, por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370122010100159