

Resumen

Estima en parte la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor, y desestima la impugnación de la demandada contra la sentencia de instancia, revoca el pronunciamiento impugnado relativo a la modificación de las medidas adoptadas en proceso de divorcio. Considera la AP que no puede apreciarse como una variación sustancial de los ingresos del padre que pudieran dar lugar a una modificación de la pensión alimenticia, por ser una variación asumida de forma voluntaria al dejar su empleo. Añade la Sala la necesidad de integrar de oficio, al estar en juego los intereses de un menor, el concepto de gastos extraordinarios y el de gastos extraescolares. Siendo los gastos extraordinarios aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución. Solo los gastos no necesarios, como los extraescolares requieren ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.80.1 , art.83 , art.111.3 , art.259 , art.262 , art.267.1 , art.267.3

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.9 , art.16 , art.107

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

Modificación

Supuestos en que no procede

Otras cuestiones

Hijos mayores de edad

Cuestiones generales

Procedimiento de modificación de medidas

Requisitos de la modificación de condiciones

Sustancial

PROCESO CIVIL

PRINCIPIOS PROCESALES

Rogación

REGÍMENES FORALES

CATALUÑA

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Apelación, Modificación de medidas

Legislación

Aplica art.80.1, art.83, art.111.3, art.259, art.262, art.267.1, art.267.3 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.9, art.16, art.107 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394.1, art.398.1, art.398.2, art.775.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 6 noviembre 2003 (J2003/157523)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:

Se ESTIMA parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Guillermo, y en su representación el Procurador de los Tribunales D. ILDEFONSO LAGO PEREZ, y en su defensa el Letrado D. RAFAEL SOLANO MENDEZ contra D^a Victoria, representada por el Procurador D. FCO JAVIER JOANIKUET TAMBURINI, acordando la modificación de la sentencia de divorcio de fecha 14 de junio de 2001 con los efectos siguientes:

1.- La guarda y custodia sobre la hija Nuria se atribuye al padre y la guarda y custodia sobre el hijo Alex se atribuye a la madre, permaneciendo la patria potestad compartida.

2.- En cuanto al régimen de visitas se establece en defecto de pacto el siguiente:

A) Ambos hijos permanecerán juntos cada fin de semana alternándose un fin de semana con la madre y el siguiente con el padre.

B) El fin de semana que ambos hijos menores permanezcan con su madre, será la madre quien acuda a recoger a Nuria el viernes y la devuelva el domingo, en el domicilio del padre, y cuando permanezcan con el padre será éste quien recoja y devuelva a Alex en el domicilio de la madre.

C) En defecto de acuerdo, la hora de recogida del viernes será la de salida del colegio hasta las 21 horas. En defecto de acuerdo dicho día será el martes para la madre y el viernes para el padre. Siendo la madre quien debe recoger y devolver a Nuria en el domicilio paterno, y el padre quien hará lo propio con Alex en el domicilio materno.

Cada padre permanecerá con ambos hijos la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad y un mes durante las de verano, repartiéndose dichos períodos de forma alterna de manera que la madre esté con los dos hijos la primera mitad de dichos períodos vacacionales los años pares y el padre los impares.

3.- Cada uno de los progenitores se hará cargo de la manutención de cada hijo que tiene bajo su guarda y custodia. No obstante el padre deberá abonar a la madre como pensión de alimentos para el hijo menor Alex la cantidad de 250 euros.

4.- No se hace expresa condena en costas a ninguna de las partes."

La parte dispositiva del Auto de Aclaración de 2 de marzo de 2009 es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA:

SE ACUERDA completar la sentencia de 12 de febrero de 2009 en cuanto que el uso de la vivienda sita en Barcelona CALLE000 NUM000 NUM001 NUM002 que debe mantenerse su atribución a la madre y al hijo menor de edad, y en cuanto a la pensión de alimentos en el sentido de que la pensión de alimentos se abonará dentro de los cinco días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la madre, y se revisará anualmente en base a las modificaciones que experimente el IPC. Se deniegan las aclaraciones solicitadas en cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos."

La parte dispositiva del Auto de Aclaración de 3 de marzo de 2010 es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA:

SE ACUERDA aclarar la sentencia de 12-2-09 en el sentido de que la relación al uso de la vivienda familiar atribución del uso de la vivienda familiar sita en la CALLE000 NUM000 NUM001 NUM002, se atribuye a la madre y al hijo menor que convive con ella. En relación al apartado del régimen de visitas, en el sentido de que en el punto C debe añadirse al final "o en su defecto las 17 horas y la de reintegro el domingo a las 20.00", y en el apartado D se debe añadir al principio "Cada parte podrá permanecer con su hijo no custodio una tarde entre semana desde la salida del colegio, y denegar la solicitud de que la pensión de alimentos de 250 euros a favor del hijo Alex se tenga que abonar de forma retroactiva al mes de julio de 2008".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso al mismo y en el mismo escrito impugnó la sentencia, impugnación a la que se opuso la parte actora. El Ministerio Fiscal asimismo se opuso al recurso de apelación de la parte actora. Se elevaron finalmente las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 21 de abril de 2010.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN BAYO DELGADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no difieren de lo que sigue.

PRIMERO.- La sentencia (y sus autos aclaratorios), cuya parte dispositiva ha sido transcrita, es apelada por el demandante, que pretende se deje sin efecto la pensión alimenticia fijada a su cargo, o subsidiariamente se retrotraiga los efectos de la nueva pensión a julio de 2008, y se extinga la atribución de uso del antiguo domicilio familiar y se disponga de esa vivienda según propone en su demanda.

La apelada se opone e impugna la sentencia, reclamando una pensión alimenticia para el hijo menor que con ella queda de 500 euros al mes, y subsidiariamente no menor de 330 euros mensuales.

El Ministerio Fiscal interesa la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Como cuestión previa, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad (artículo 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) como por las normas de conflicto de leyes (artículos 9, 107 y 16 del Código Civil EDL 1889/1 estatal), que también remiten al mismo ordenamiento civil.

TERCERO.- La demandada tiene unos ingresos parecidos a los que tenía en el momento de la anterior sentencia modificativa (2006) de las medidas del divorcio (2001), esto es unos 1.200 euros al mes, por subsidio de desempleo. El demandante, posteriormente a 2006, ha dejado de ser empleado y administrador de la empresa informática de la que tiene el 50 por ciento del capital. La empresa ha obtenido un ERE temporal durante unas semanas. Tiene dos hijos de su nuevo matrimonio y paga un préstamo hipotecario por su vivienda y otras deudas. Desde julio de 2008 Nuria, la hija común de los litigantes, hoy de 18 años pero económicamente dependiente, vive con el padre; tiene unos gastos de escolaridad de unos 65 euros al mes (certificado de centro, obrante en el rollo de apelación). El hijo menor común, Álex, de casi 16 años, en el presente curso escolar no come en el colegio y su escolaridad asciende a unos 120 euros mensuales de promedio (certificado de centro, obrante en el rollo de apelación).

CUARTO.- Con los anteriores datos deben desestimarse tanto la extinción de la pensión alimenticia que pretende la apelación como su aumento, pretendido en la impugnación, pues teniendo en cuenta que cada progenitor cubre los gastos del hijo que tiene consigo, los gastos algo superiores del hijo y los ingresos superiores del padre son la base para la pensión fijada en la sentencia apelada. El artículo 259 del Codi de Família (CF) describe los gastos que deben tenerse en cuenta y las diferencias constatables entre hijo e hija radican en la escolaridad. En cuanto a los ingresos del padre, éste no puede pretender que una variación voluntaria de dejar su empleo y su cargo de administrador constituya cambio de circunstancia a los efectos de los artículos 80.1 y 267.3 CF y 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) EDL 2000/77463. La jurisprudencia exige que tales cambios no hayan sido voluntarios para ser tenidos en cuenta. Es cierto que el padre alega desavenencias con su socia, pero eso no pasa de ser mera alegación de parte, poco convincente por el mantenimiento de la participación social. El ERE de la empresa de la que dice estar desvinculado no puede tenerse en consideración. Por otra parte, sus nuevas obligaciones familiares, dada la cuantía de la pensión fijada, no deben suponer una mayor rebaja de la pensión.

Tampoco puede accederse a su aumento, pues la pensión anterior, para hijo e hija, era de 991,38 euros mensuales. La mitad (495,69 euros) ya es asumida por el padre directamente al asumir los gastos de la hija, sin aportación de la madre, lo cual, por tanto, impone rebajar la pensión del padre para el hijo, todo ello para respetar la proporcionalidad prevista en el artículo 267.1 CF.

Tampoco la retroactividad de la nueva pensión debe alcanzar al momento en que la hija pasó a vivir con el padre. Esa situación quedó judicialmente fijada en el auto de medidas cautelares, que ya fijó la nueva pensión (también de 250 euros al mes) desde ese momento. La situación irregular anterior no puede tenerse en cuenta. Por su parte, la pensión fijada en sentencia de primera instancia no puede retrotraerse y debe operar desde la propia sentencia, como continuación de la pensión cautelar. El artículo 262 CF, que supone el devengo desde la reclamación -si así se pide- no opera según interpretación del TSJC si ha habido medidas provisionales o cautelares. Así la STSJC de 6 de noviembre de 2003 EDJ 2003/157523 dice:

L'art. 262 del Codi de família de Catalunya que atorga el dret d'aliments des de la data de la reclamació judicial (o des de l'extrajudicial degudament provada) és un precepte general de l'aplicació del qual no n'estan exclosos els processos matrimonials, ja que tot aquell que té dret a aliments en té des de que els reclama segons aquell precepte general. L'única particularitat dels processos matrimonials és que en ells els interessats tenen la facultat processal de sol·licitar mesures provisionals prèvies a la demanda de nul·litat, separació o divorci (art. 771,1 de la L.I.E.C. actual, i art. 1881 i 1883 de l'anterior) o concomitants amb tal demanda o amb la contesta (art. 773.1 i 4 de l'actual, art. 1886 i 1890 de l'anterior) amb l'adopció de les quals mesures -prèvies o concomitants- ja es satisfà mentre es tramita el procés matrimonial la necessitat d'aliments d'aquell que els reclama per a aquesta etapa transitòria.

Es dona així compliment, també en el processos matrimonials, a l'art. 262 esmentat del Codi de família de Catalunya que atorga el dret d'aliments des de la data que l'interessat els reclama.

La sentència posterior que posarà fi al procés matrimonial substituirà les mesures provisionals adoptades amb anterioritat (art. 774,3 i 4 de la L.I.E.C. actual, art. 1893 de l'anterior) i els seus efectes seran per tant "ex nunc", és a dir, des de la data de la seva ferma, perquè els aliments del període anterior durant la tramitació del procés hauran estat satisfets amb les mesures provisionals en el seu dia i cas adoptades a petició de l'interessat.

Aquesta és l'única raó que es pugui dir (pel que fa als efectes derivats que assenyala l'art. 76,1 del Codi de família, tals com la determinació dels aliments dels fills que són conseqüència de la nul·litat del matrimoni, del divorci o de la separació judicial) que les

sentències que es dicten en aquests processos matrimonials despleguen els seus efectes des de que es pronuncien ("ex nunc"); simplement i senzilla així es pot dir perquè durant la tramitació del procés aquells ja hauran estat atesos amb les mesures provisionals.

Por otro lado, la Sala debe integrar de oficio, al estar en juego los intereses de un menor, el concepto de gastos extraordinarios que la sentencia de primera instancia omite y el de gastos extraescolares, que la sentencia mezcla con los gastos alimenticios. Efectivamente, los gastos extraordinarios deben ser entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso. Solo los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

Nada procede decir de tales gastos de la hija mayor común, pues nada se ha pedido al respecto y rige el principio de rogación.

QUINTO.- Por lo que atañe a la atribución del uso del domicilio familiar también debe confirmarse la sentencia apelada, pues debe aplicarse el artículo 83.2.1 CF, que prevé como criterio preferente el interés del menor, que queda con la madre. No hay razón para no aplicar ese criterio en el presente caso. Sin embargo, ya que quien pide lo más pide lo menos, debe estimarse en parte la apelación en dos extremos relativos al uso del domicilio. El primero es que la atribución debe hacerse solo a la madre, y no a ésta y al hijo, como hace la sentencia recurrida, pues el artículo 83 CF, a diferencia de su paralelo el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 estatal, solo contempla al progenitor custodio, y no a los hijos. El segundo extremo a perfilar es que la atribución debe hacerse en tanto que progenitor custodio, es decir, mientras dure esa custodia, que obviamente desaparece con la mayoría de edad del hijo.

SEXTO.- La demanda, y por remisión a ella, la apelación pretenden -partiendo de la extinción de la atribución de uso- que se adjudique a uno u otro la total propiedad del domicilio, que ahora es copropiedad proindiviso, o en su defecto se ponga a la venta. Y añade: "en el caso de no alcanzarse tampoco acuerdo respecto a la venta del piso en un plazo máximo de 3 meses, cada parte quedaría en libertad de instar lo que considerase conveniente en cuanto a dicho inmueble, pudiendo, en su caso, instar la acción de división de cosa común."

Tal planteamiento es desconcertante, pues la demanda, antes de esa última frase, precisamente describe la ejecución que procedería, según el artículo 552.11 del Codi Civil de Catalunya, una vez fuera declarada la procedencia de la acción de división. Es decir, de hecho niega que esté ejercitando esa acción, como podía ejercitar acumuladamente a tenor del artículo 43 CF. Con ello impide la estimación de lo que pide, que hubiera procedido incluso subsistiendo la atribución de uso.

SÉPTIMO.- La estimación parcial de la apelación comporta, según el artículo 398.2 LEC EDL 2000/77463 , la improcedencia de condena en costas. Tampoco debe llevar aparejada la condena en costas la desestimación de la impugnación, pues las dudas de hecho sobre los datos económicos, aquí resueltas, constituyen causa excepcional de ausencia de condena según el artículo 394.1 LEC EDL 2000/77463 , al que remite el artículo 398.1 LEC EDL 2000/77463 .

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Guillermo -parte actora- y desestimando la impugnación de D^a Victoria, contra la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2009 (aclarada por autos de 2 y 3 de marzo de 2009) del Juzgado de 1^a Instancia núm. CUARENTA Y CINCO de BARCELONA, sobre modificación de medidas de divorcio, en el que ha sido también parte apelada el MINISTERIO FISCAL, debemos revocar y REVOCAMOS EN PARTE la misma y

1) Mantenemos la atribución del uso del domicilio familiar y su ajuar a la madre, mientras dure la custodia del hijo común.

2) Los gastos extraordinarios del hijo menor deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requerirán acuerdo, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deberán costearse por mitad; los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requerirán ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

Confirmamos la sentencia apelada en todo lo demás, sin especial declaración sobre las costas de la alzada.

Una vez que alcance firmeza esta sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, 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: 08019370122010100245