

**Resumen**

*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; la AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la esposa y revoca el pronunciamiento. Considera la Sala, entre otros motivos, que debe elevarse la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia atendiendo a la necesaria proporcionalidad entre las necesidades de los menores y dados los ingresos de los progenitores.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.83 , art.133.1 , art.143.1 , art.264.1 , art.267.1  
RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1255

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

CONTRATO

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Principio de la contratación

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Supuestos diversos

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

REGÍMENES FORALES

CATALUÑA

Otras cuestiones

**FICHA TÉCNICA**

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

**Legislación**

Aplica art.83, art.133.1, art.143.1, art.264.1, art.267.1 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.1255 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, Que estimando parcialmente la demanda de divorcio entre D. Vidal contra D<sup>a</sup> Zaida, debo: 1. declarar la disolución del matrimonio celebrado entre D. Vidal y D<sup>a</sup> Zaida, el 24 de octubre de 1992 en Barcelona.- 2. establecer las siguientes medidas definitivas: a) atribuir a la madre la guarda y custodia de los dos hijos comunes, José Ramón y Maximo, ejerciendo ambos progenitores la potestad de modo conjunto.- b) establecer el siguiente régimen de visitas padre-hijos, con carácter subsidiario y para el caso de que los progenitores no lleguen a otros acuerdos: 1.- fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes y hasta la entrada del colegio del lunes, debiendo recoger y devolver a los menores en el centro escolar; los puentes, se unirán al fin de semana inmediatamente anterior o posterior, y los días festivos intersemanales se repartirán por mitad entre ambos progenitores.- 2.- todos los miércoles, desde la salida del colegio y hasta la entrada del día siguiente, debiendo recoger y devolver a los menores en el centro escolar, 3.- mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, correspondiendo la primera mitad a la madre los años pares y al padre los impares, con la particularidad de que la Nochebuena la disfrutarán los hijos con la madre y el día de Navidad con el padre.- c) Establecer una pensión de alimentos de 2.000.-E al mes, a favor de los dos hijos comunes (1.000.-E para cada hijo), con cargo al padre, que deberá pagar los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que la madre designe al efecto y que será actualizable anualmente según el IPC que publique el INE u Organismo equivalente. Los gastos extraordinarios serán por mitad.- d) Atribuir el uso del domicilio familiar sito en la calle DIRECCION000 a madre e hijos.- 3.- Se acuerda la división del domicilio sito en la DIRECCION000 núm. NUM000, NUM001 - NUM002 de Barcelona y plaza de parking núm. NUM003 sita en la planta sótano del mismo inmueble.- No se hace especial condena en costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso mediante escrito; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día DOCE DE ENERO DE DOS MIL DIEZ.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PAULINO RICO RAJO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la Sentencia apelada en todo aquello que no vengán modificados por los de esta resolución y,

PRIMERO.- Contra la Sentencia dictada en fecha 20 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el núm. 610/2008 seguido a instancia de D. Vidal contra D<sup>a</sup> Zaida, cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interpone recurso de apelación la Sra. Zaida en solicitud de que "se dicte Sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque parcialmente la Sentencia de Instancia estimando íntegramente los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de demanda y en concreto señalar como pensión de alimentos que el padre debe abonar a favor de los hijos la cuantía de 3.917,16 euros al mes actualizable anualmente según las variaciones que experimente el IPC y pagaderos por meses anticipados dentro de los cinco primeros días, así como el pago de la mitad de los gastos extraordinarios de formación o sanidad de los menores y respecto al uso del domicilio conyugal que se establezca a favor de la Sra. Zaida e hijos sin limitación alguna", al que se opone el Sr. Vidal quien, a su vez, impugna la referenciada Sentencia y solicita que se "dicte Sentencia fijando los alimentos en 1.500 .-# anuales (sic) o, subsidiariamente en la cantidad inferior a 2.000.-# que la Sala considere adecuada, con imposición de costas a la otra parte si se opusiere", a la que se opone la Sra. Zaida .

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación e "interesa la confirmación de la resolución impugnada".

SEGUNDO.- Ambos litigantes muestran, pues, su disconformidad con la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos José Ramón y Maximo, nacidos en fecha 30 de septiembre de 1.996, que la Sentencia recurrida fija en la cantidad de 2.000 euros mensuales (1.000 euros por hijo), con la forma de pago y actualización que la misma se señala, y solicitan lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho, debiendo entenderse que la palabra anuales que figura en la solicitud dirigida a la Sala por el Sr. Vidal es un error de transcripción y ha de considerarse que la cantidad que interesa que se fije por tal concepto es mensual.

Y en orden a la resolución sobre dicha pretensión disconforme de ambos progenitores ha de señalarse que tanto el padre como la madre, en virtud de la potestad, que es una función inexcusable (artículo 133.1 del Código de Familia), deben cuidar de los hijos, y tienen respecto a los mismos, entre otros deberes que prevé el artículo 143.1 del Código de Familia, el de alimentos en el sentido más amplio, lo que se traduce en la necesidad de los hijos de recibir no sólo el apoyo afectivo de sus progenitores, sino el material o económico al no poder procurarse por sí solos los medios necesarios para su subsistencia, lo que no suele plantear problemas durante la convivencia de la unidad familiar y que se presentan cuando como consecuencia de la crisis convivencial de los progenitores que aboca a la separación o el divorcio ha de optarse por con cual de ellos ha de continuar la prole bajo su guarda y custodia y, consiguientemente aquel que de ordinario no los tendrá en su compañía más que durante el tiempo que se establezca, sin que siempre sean cumplidos dichos deberes de forma voluntaria, razón por la que la Ley, empezando por la Constitución (art. 39.1), se encarga no sólo de recordar, sino de imponer, la obligación de cumplirlos, lo que en supuestos de nulidad, separación o divorcio se articula, mediante el establecimiento de la llamada pensión alimentaria que, junto con las otras medidas que señala, es uno de los aspectos que debe ser objeto de regulación conforme a lo que prevé el artículo 76.1 .c) del referido texto normativo.

Y para ello, para la fijación de la pensión alimenticia, deberá tenerse en cuenta tanto el principio de proporcionalidad entre los obligados a prestarla, padre y madre, entre los que, al no tratarse de una obligación solidaria sino mancomunada, debe distribuirse la obligación "en proporción a sus recursos económicos y posibilidades" en virtud de lo dispuesto en el artículo 264.1 del mismo Código de Familia, como el principio de proporcionalidad entre las posibilidades del alimentante o de los alimentantes y las necesidades del alimentista o de los alimentistas conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1 del mismo texto legal en virtud del cual "la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a su prestación".

Y al deber venir fijada ponderadamente la pensión de alimentos atendiendo a las necesidades del alimentista y posibilidades del alimentante, siendo el alimentante no sólo el progenitor con quien no convivan los menores, en el caso de autos los referenciados hijos, sino también aquel que tiene atribuida su guarda y custodia no obstante tenerse en cuenta y valorarse dicho hecho que conlleva, como es lógico, determinados gastos para el conviviente que por su escasa cuantía y generalidad con que se presentan no suele dársele importancia o trascendencia aunque la tenga, en el caso de autos se observa que los ahora litigantes, conociendo sus posibilidades económicas y las necesidades de sus hijos, suscribieron en fecha 19 de mayo de 2005 el convenio regulador de los efectos de su separación, protocolizado ante Notario, que fue aprobado por Sentencia de fecha 5 de julio de 2005, en el que, en lo que aquí importa, pactaron lo siguiente: "CUARTO: CARGAS FAMILIARES: D. Vidal aportará mensualmente la cantidad de 3.500,00 euros, cantidad que ingresará en la cuenta abierta a nombre de Zaida en el Barclays Bank número ... o le entregará a ésta, contra recibo, entre los días 1 y 5 de cada mes. Con esta cantidad D. Vidal ayudará a los gastos familiares corrientes, incluidos la hipoteca, impuestos sobre bienes inmuebles y gastos de comunidad mencionados en el apartado anterior. Dicha cantidad será actualizada anualmente... Los gastos extraordinarios de Maximo y José Ramón, entendiéndose como tales los gastos médicos, de ortodoncia, quirúrgicos o farmacéuticos, que no estén cubiertos por la seguridad social, los cubrirá D. Vidal. D. Vidal se ocupará de pagar las cuotas, clases y colonias de vacaciones de sus hijos José Ramón y Maximo en el Club de Tenis Turó u otro Centro".

De la transcripción hecha llama la atención que siendo ambos progenitores abogados sin embargo, extrañamente, no se mencione para nada la palabra alimentos que es lo que el artículo 76.1 .c) dicho prevé como aspecto que ha de ser objeto de regulación: "la cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos,...".

De lo transcrito se infiere que, si bien es cierto que el procedimiento de divorcio es autónomo del de separación y no sólo puede sino que debe ser objeto de regulación en el mismo, tras la práctica y valoración de la prueba que se practique, todas las medidas que contempla el referenciado artículo del Código de Familia sin remisión genérica a lo acordado en su día en el anterior procedimiento de separación, es igualmente cierto que el procedimiento anterior de separación y lo en él resuelto puede servir no sólo como antecedente, que lo es, sino como un instrumento o medio de prueba más que, unida a la practicada en el de divorcio, permita llegar con una mayor probabilidad de acierto en cuanto a la realidad a la resolución de lo que es objeto del litigio.

Ello debe entenderse que ocurre en el caso enjuiciado en que los ahora litigantes, conociendo sus posibilidades y las necesidades de sus hijos, como se ha dicho, convinieron la cantidad que debía satisfacer el padre mensualmente para atender las necesidades alimenticias de los mismos, aunque no llegaron a emplear la palabra alimentos, y si bien incluyeron en el pacto en que la convinieron determinados conceptos como "la hipoteca, impuestos sobre bienes inmuebles y gastos de comunidad" que lógicamente no pueden considerarse incardinables en el concepto que de los alimentos da el artículo 259 del Código de Familia, sin embargo, nada alega el progenitor no custodia en su demanda de divorcio ni en su escrito de impugnación de la Sentencia de Primera Instancia ni en el de oposición al recurso de apelación que, defraudadas las cantidades correspondientes a dichos conceptos no comprendidos entre los alimentos justifique una minoración de la pensión alimenticia como la pretendida ni, de suyo, el mantenimiento de la misma como pretende la progenitora custodia.

Y es que, al ser dable la modificación de las medidas acordadas en el proceso de separación en el ulterior de divorcio, como autoriza el artículo 80.1 del Código de Familia, para que ello sea factible es preciso que, como ocurre en el procedimiento autónomo de modificación de medidas, tras el dictado de la Sentencia cuya modificación se pretende hayan acaecido circunstancias nuevas de entidad tal que así lo aconsejen y que no hayan sido previstas o podido prever en el momento de la resolución anterior. Incluso el artículo 80.2 ya dispone que "el convenio regulador o sentencia pueden prever anticipadamente las modificaciones pertinentes". Esto último lo hicieron los ahora litigantes pues mediante documento aparte del referenciado convenio acordaron, en fecha 16 de junio de 2005, una minoración en 500 euros de la aportación del Sr. Vidal para el supuesto de que la Sra. Zaida obtuviera una retribución salarial y/o ingresos profesionales netos superiores a 30.000 euros anuales, y se comprometieron a la revisión del convenio si los ingresos fueran superiores a los 40.000 euros anuales "y tuviesen un carácter estable".

Ninguna circunstancia nueva de entidad tal que justifique la disminución pretendida del importe de la pensión alimenticia, una vez deducida la cantidad correspondiente a los conceptos dichos que no pueden considerarse como alimentos, alega el Sr. Vidal, pues como tales no puede considerarse que en lugar de tener que pagar el alquiler del anterior despacho profesional, en determinadas condiciones ventajosas que aduce, haya de pagar el arrendamiento de otro despacho, como, atendidas las posibilidades económicas que se infiere de la obligación que asumió, tampoco lo es el hecho del nacimiento de un nuevo hijo con su actual pareja, ya que el nacimiento de un nuevo hijo con otra pareja diferente puede tenerse en consideración en supuestos de economías que, efectivamente, hagan presumir que de mantenerse la cantidad de la pensión alimenticia señalada en el anterior procedimiento no podría cumplir el progenitor con la obligación inherente a la patria potestad con toda su descendencia, lo que no puede considerarse que sea el caso de autos, y era un hecho previsto que como consecuencia de la atribución del uso de la vivienda familiar a la Sra. Zaida en el referenciado convenio el impugnante, que se dice que establece su domicilio en calle Trafalgar, habría de procurarse nueva vivienda en arrendamiento si no poseían otra en propiedad, con lo que nula eficacia jurídica a los efectos pretendidos por el Sr. Vidal tiene la alegación de tener que pagar un alquiler por la nueva vivienda

Si a ello se aña que el Sr. Vidal ha adquirido en fecha 8 de junio de 2006 (folio 280 y ss.), por tanto con posterioridad a la Sentencia de separación, una vivienda unifamiliar adosada en la Urbanización Mas Pinella del término de Torroella de Montgrí que evidencia no ser cierta la alegación de que "se encuentra en una situación económica ralmente precaria con una capacidad ciertamente insuficiente" como arguye en su demanda sino que, por el contrario, ha de entenderse que su situación económica, al menos patrimonial, ha mejorado, procede la desestimación de la impugnación.

Como, sin perjuicio de que en el tan referenciado convenio regulador de los efectos de la separación de los ahora litigantes se conviniera en el pacto tercero, párrafo segundo, que "D. Vidal asume a obligación de pagar íntegramente las cuotas por la hipoteca que grava la finca sita en Barcelona, DIRECCION000 NUM000, NUM003, así como los gastos de comunidad y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles", con la consecuencia de constituir un negocio jurídico válido entre los firmantes del mismo que autoriza en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.255 del Código Civil EDL 1889/1 , atendido que en el pacto también ya referenciado en el que se estipuló la cantidad a abonar por el padre en concepto de alimentos se hizo igualmente referencia a la hipoteca, IBI y gastos de comunidad, una vez deducidos éstos por no constituir propiamente alimentos, procede la desestimación de la pretensión de la apelante de que se fije en 3.917,16 la cantidad a pagar por el padre para alimentos de los hijos y, atendidos los gastos de los menores que la propia apelante señala en su escrito de contestación a la demanda entre los que incluye, además de la hipoteca y comunidad de propietarios y derramas, "actividades extra colegio", mutua de salud, gafas y oculista, psicóloga, psiquiatra y asistente, que no pueden considerarse alimentos sino actividades extraordinarias y gastos extraordinarios, al parecer a la Sala más proporcionada la cantidad de 3.000 euros (1.500 euros por hijo) que la fijada en la Sentencia recurrida y que la pretendida por ambos litigantes procede la estimación parcial del recurso de apelación y la desestimación de la impugnación.

TERCERO.- En cuanto a la pretensión de la apelante relativa al "pago de la mitad de los gastos extraordinarios de formación o sanidad de los menores", ha de señalarse que la Sentencia recurrida establece que "los gastos extraordinarios serán por mitad", con lo que puede considerarse que respecto a los mismos dicha pretensión carece de objeto no obstante constar que en el antedicho convenio regulador de los efectos de su separación los ahora litigantes pactaron que "los gastos extraordinarios de Maximo y José Ramón, entendiendo como tales los gastos médicos, de ortodoncia, quirúrgicos o farmacéuticos, que no estén cubiertos por la seguridad social, los cubrirá D. Vidal ", por lo que, al ser los gastos extraordinarios los imprevistos que, además, sean necesarios para los menores, y los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad social, para hacer frente a los mismos no se requiere el previo consentimiento de los progenitores bastando su posterior justificación y acreditación documental de su importe, y para el devengo de los gastos originados por las actividades extraescolares, originadas éstas al margen de la reglada actividad escolar, debe concurrir acuerdo entre los progenitores o, en su defecto, autorización judicial, por lo que, no obstante la matización que ahora se hace al no venir definidos en la Sentencia recurrida, respecto a dicha pretensión, por carencia de objeto, procede la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO.- Finalmente, en cuanto a la pretensión relativa al uso de la vivienda familiar el artículo 83 del Código de Familia, sobre el uso de la misma, dispone que: "1. El uso de la vivienda familiar, con su ajuar, se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo que ésta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión. 2. En defecto de acuerdo o si éste es rechazado, a criterio del juez o jueza, dadas las circunstancias del caso, decide, en lo que se refiere a la vivienda familiar, en los siguientes términos: a) Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta. Si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial. b) Si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso".

De dicha previsión legal se deriva, sin duda alguna, que en principio, prima el acuerdo que sobre el uso hubieran alcanzado los cónyuges, salvo que se entienda perjudicial para los hijos menores de edad si los hubiere, esto es, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio contenciosos, es decir, sin que exista acuerdo entre los cónyuges, lo que la Ley prevé es la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, bien, preferentemente, si hay hijos, a favor de aquel que tenga atribuida su guarda, bien, si no hay hijos o éstos son ya mayores de edad, a aquel que tenga más necesidad de la misma, siendo doble la equiparación a esta última previsión legal, la de ausencia de hijos, la de ser los hijos habidos mayores de edad e independientes económicamente.

Y en el caso de autos se observa que los ahora litigantes convinieron en el tan repetido convenio regulador de los efectos de su separación, en el pacto tercero, que "D. Vidal cede el derecho de uso sobre la mitad indivisa que le corresponde de la finca sita en Barcelona, DIRECCION000 NUM000, NUM001 - NUM002 así como sobre la plaza de garaje que se encuentra en los sótanos de la referida finca a Dª Zaida y a sus hijos José Ramón y Maximo ", con lo que, igualmente, en virtud de la libertad de pactos que autoriza no sólo el artículo 1.255 del Código Civil EDL 1889/1 , sino expresamente sobre el uso de la vivienda familiar el antedicho artículo 83 del Código de Familia, concertaron un negocio jurídico válido sobre el uso de la vivienda familiar en el que, libremente, decidieron no establecer limitación temporal alguna, y aunque la Sentencia recurrida expresamente no la establece tampoco, sin embargo, al tener en cuenta dicho precepto legal puede dar lugar a equívoco en su interpretación y, consiguientemente, respecto a dicha pretensión procede la estimación del recurso de apelación.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , al estimarse parcialmente el recurso de apelación no ha lugar a hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el mismo.

Y en virtud a lo previsto en el artículo 394.1, al que expresamente remite el artículo 398.1, ambos del mismo texto legal, ante las dudas que plantea la cuantificación de la pensión alimenticia en supuestos como el de autos, no ha lugar a hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por la impugnación.

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

## FALLO

Que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Zaida y con desestimación de la impugnación deducida por D. Vidal, ambos contra la Sentencia dictada en fecha 20 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el núm. 610/2008 seguido a instancia de D. Vidal contra D<sup>a</sup> Zaida, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha Sentencia en el sentido de fijar en 3.000 euros (1.500 euros por hijo) mensuales la cantidad que en concepto de pensión alimenticia para los hijos debe pagar el progenitor no custodio, con la forma de pago y actualización que en la Sentencia recurrida se señala, con efectos dicha cantidad desde la fecha de la Sentencia recurrida, y en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda familiar lo será sin limitación temporal, confirmándola en lo demás. Y sin hacer especial condena en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse 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: 08019370122010100060