

## Resumen

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación presentado por la esposa contra sentencia dictada en procedimiento de separación, revocándose la misma en el sentido de reducir la cuantía de la pensión de alimentos para los hijos, dadas las circunstancias económicas de ambos progenitores. Respecto de los gastos extraordinarios y de los extraescolares, habrán de ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales gastos aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos, y a los extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada, sin perjuicio de su ulterior recurso, en caso de discrepancia en orden a su conveniencia, ante la autoridad judicial. Se ratifica la atribución al padre de la guarda y custodia del hijo menor de edad.

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.76.2 , art.83.2 , art.143 , art.259

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Condiciones de vida de los progenitores

Pensiones alimenticias a los hijos

Modificación

Supuestos en que procede su disminución

### REGÍMENES FORALES

#### CATALUÑA

Otras cuestiones

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa separada,Esposo separado; Desfavorable a: Esposa separada,Esposo separado

Procedimiento:Apelación, Separación matrimonial

### Legislación

Aplica art.76.2, art.83.2, art.143, art.259 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Cita art.1.3, art.2, 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: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Montserrat Martínez Vargas en nombre y representación de Dª Elisabeth declaro haber lugar a separación la disolución del matrimonio formado por Dª Elisabeth Y D. Vicente, con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento, y debo de fijar como medidas definitivas las siguientes:

- Atribución de la guarda y custodia del hijo menor al padre. Siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.
- Atribución del uso del domicilio familiar al padre y a los hijos.
- Se establece el siguiente régimen de visitas:

- Fines de semana alternos desde la salida del colegio o actividades extraescolares el viernes hasta el domingo a las 20 horas, ampliándose al día anterior o posterior en el supuesto que el viernes o lunes sean festivos.

- La mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano, correspondiendo al padre la primera mitad de los años pares y la segunda de los impares.

- La mitad de los festivos intersemanales.

- Una tarde intersemanal que en caso de desacuerdo se fija los miércoles, desde la salida del colegio o actividad extraescolar hasta las 20:30 horas en que el menor será reintegrado por la madre a su domicilio familiar.

- Pensión de alimentos se acuerda fijar la cantidad de (300 euros mensuales) TRESCIENTOS EUROS MENSUALES TOTAL, para los dos hijos comunes del matrimonio, dicha cantidad deberá hacerse efectiva por la Sra. Elisabeth en la cuenta bancaria que a estos efectos designe el Sr. Vicente, por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes, y será revalorizada conforme al IPC, u organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios que genere el hijo menor de edad, deberán abonarse por mitad ambos progenitores, los demás gastos extraordinarios serán abonados la mitad ambos progenitores previo acuerdo entre ambas partes y en su defecto con autorización judicial.

Sin expresa imposición de las costas procesales.

Firme esta resolución, comuníquese al encargado del Registro Civil en el cual consta la inscripción del matrimonio."

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 3 de junio de 2010.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PASCUAL MARTÍN VILLA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derechos de la resolución recurrida en la medida en que no vengán contradichos por los que a continuación se expresan con ese mismo carácter, y

PRIMERO.- Por la Sra. Magistrada-Juez del juzgado de primera instancia núm. 15 de Barcelona se dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2010 mediante la que estimando parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup> Elisabeth contra D. Vicente se declaró la separación del matrimonio celebrado en fecha 3 de agosto de 1985, con los efectos legales inherentes a tal declaración, así como -por lo que aquí interesa a los efectos de la presente apelación- se establecieron las siguientes medidas: 1<sup>a</sup>.- Atribución de la guarda y custodia del hijo menor al padre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2<sup>a</sup>.- Atribución del uso del domicilio familiar al padre y a los hijos comunes del matrimonio. 3<sup>a</sup>.- Se estableció un amplio régimen de visitas para la madre y el hijo menor común. 4<sup>a</sup>.- Se estableció a cargo de la madre una pensión de alimentos de 300 euros para los dos hijos comunes del matrimonio. Los gastos extraordinarios que genere el hijo menor de edad deberán abonarse por mitad por ambos progenitores; los demás gastos extraordinarios serán abonados por mitad por ambos progenitores, previo acuerdo entre ambas partes y en su defecto con autorización judicial (sic). Todo ello, sin expresa imposición de costas.

Contra dicha resolución se alzó la madre, D<sup>a</sup> Elisabeth, interesando que le fuese atribuida a ella la guarda y custodia del hijo menor, así como la atribución del uso del domicilio familiar, con un amplio régimen de visitas a favor del padre con el hijo menor, y una pensión alimenticia a cargo del padre y en favor de dicho hijo menor de 400 euros mensuales, así como que el progenitor paterno abone la mitad de los gastos extraordinarios y extraescolares del mencionado hijo menor de edad. Asimismo, la madre interesó en su recurso la no imposición de pensión alimenticia alguna a favor de la hija mayor de edad. Todo ello con una expresa imposición al padre de las costas procesales ocasionadas en la alzada por su mala fe (sic).

A dicho recurso se opuso el padre interesando su desestimación y la íntegra confirmación de la resolución recurrida, con una expresa imposición a la recurrente de las costas procesales ocasionadas en la alzada. Asimismo la digna representante del Ministerio Fiscal se opuso al recurso formulado por la madre e interesó la confirmación de la resolución recurrida en todos sus pronunciamientos.

SEGUNDO.- En el presente recurso se suscitan varias cuestiones por la apelante, la primera de ellas es la relativa a la guarda y custodia del hijo menor de edad común que en la sentencia del primer grado fue atribuida al progenitor paterno. Las versiones de ambos progenitores en el acto del juicio respecto al cuidado y atenciones que dispensan a dicho hijo menor son absolutamente contradictorias. Así por el padre se afirma que desde hace doce o trece años él es el que prepara las comidas a ambos hijos del matrimonio; el que se ha ocupado siempre de despertar a su hijo para ir al colegio; así como el que lo ha acompañado a dicho centro escolar. La madre por su parte afirma que el menor ya tiene 14 años de edad y que ya no es necesario ni despertarle ni acompañarle al colegio y que ella puede ocuparse de dejar las comidas medio preparadas antes de irse a trabajar, levantándose para ello a las 4 de la madrugada. En el acta de exploración obrante a lo actuado al folio 149 se pone de manifiesto por el menor que la relación con su padre es buena y que aunque la relación con su madre no es mucha, su deseo sería quedarse con los dos.

Por la madre se señaló también en el acto del juicio que ambos hermanos no se llevan bien, hasta el punto -matizó- que en el momento actual no consideraba conveniente para el hijo menor que ambos hermanos viviesen juntos, lo que ha sido rebatido por el padre que achacó las disputas entre los hermanos como las normales en todas las familias. Así las cosas, y en beneficio del menor, esta Sala considera adecuado el confirmar el pronunciamiento del juzgado de primera instancia en el sentido de atribuir al padre la guarda y

custodia de dicho hijo menor de edad. Todo ello nos lleva a la conclusión al amparo de lo previsto en el art. 83.2.a) del CF de que es preciso confirmar asimismo la atribución que se ha efectuado al padre y a los hijos comunes en la sentencia del primer grado del uso del domicilio familiar.

**TERCERO.-** Se señala también por la madre en su escrito de formalización del recurso que si se estimara su pretensión de que la guarda y custodia del hijo menor de edad le fuese atribuida a ella, debería revocarse la pensión de alimentos que ha sido establecida a su cargo. Como ya hemos visto, la atribución de la guarda y custodia al progenitor paterno ha de ser confirmada en la presente resolución; por tanto, hemos de proceder a examinar la solicitud subsidiaria de la madre referida a su desacuerdo con la sentencia en orden al establecimiento a su cargo de una pensión alimenticia a favor de ambos hijos del matrimonio por importe de 300 euros, habida cuenta -según expone- de que la hija común tiene 24 años y pese a que ahora haya vuelto a estudiar, la misma también puede trabajar y de hecho -afirmó- ya lo ha verificado en alguna oportunidad; además, como también señaló la madre en el acto del juicio, la hija es única titular de una cuenta corriente en la que se ha ingresado una indemnización por un accidente ocurrido con anterioridad, utilizando la hija dicha indemnización para sus gastos.

"Prima facie" es preciso decir que la sola adquisición de la mayoría de edad por cualquiera de los hijos alimentistas no constituye por sí sola un motivo exonerador del pago de la pensión alimenticia, como se pretende por la madre en el caso que nos ocupa. Indudablemente, deben concurrir otros dos requisitos para que la posible reclamación del padre en nombre de la hija común resulte abusiva. Estos dos requisitos son que dicha hija haya alcanzado la independencia económica por su incorporación al mundo laboral y que no conviva en el domicilio familiar.

Es doctrina de esta misma Sala que la posibilidad que establece en Cataluña el art. 76.2 CF de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad que convivan con uno de sus progenitores y que no tengan ingresos propios se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres en primer término, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores; convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término, con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

Por su parte, el artículo 259 CF al que se remite el mencionado art. 76.2 señala que ha de entenderse por alimentos todo lo que es indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica del alimentista, y también los gastos para su formación si éste es menor, así como para la continuación de dicha formación, una vez haya llegado a la mayoría de edad, si no la finalizado antes por causa que no le sea imputable.

De la prueba practicada en el presente procedimiento resulta que efectivamente la hija del matrimonio, pese a haber alcanzado la mayoría de edad, no disfruta de independencia económica, al hallarse cursando estudios universitarios en la actualidad; lo que no fue negado por la madre en el acto del juicio, señalando que "no trabaja y se ve que ahora estudia".

Coherentemente con todo lo anterior, y habida cuenta de que en el caso de la hija mayor de edad no es aplicable lo preceptuado en el art. 143 del CF, como lo es en el caso del hijo menor de edad, se ha de minorar a la cantidad de 80 euros el importe de la pensión de alimentos a cargo de la madre en favor de dicha hija mayor de edad, dejándose subsistente, sin embargo, la suma de 150 euros en concepto de pensión alimenticia en favor del hijo menor.

Por todo ello, este aspecto del recurso de apelación de D<sup>a</sup> Elisabeth debe ser parcialmente acogido.

Respecto de los gastos extraordinarios y de los extraescolares se interesa por la madre que los mismos sean satisfechos por mitad por ambos progenitores. A este respecto, se advierte en la sentencia del primer grado que el concepto que de gastos extraordinarios se verifica en la misma no es el adecuado, y al tratarse de una cuestión de orden público, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala habrá de integrarse dicha resolución en el sentido de que los gastos extraordinarios del menor habrán de ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales gastos aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos, y a los extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada, sin perjuicio de su ulterior recurso, en caso de discrepancia en orden a su conveniencia, ante la autoridad judicial. Por lo que hace a los gastos extraordinarios, de ordinario y dada su perentoriedad, para su exigibilidad no se requiere más que la justificación de su realización por el progenitor no custodio; sin embargo, en aquellos casos en los que la perentoriedad no existe, o el coste económico sea desproporcionado, a pesar de resultar el gasto de imprescindible realización, su ejecución debe ser comunicada al progenitor con el que el menor no convive. Así las cosas, en la parte dispositiva de la presente resolución habrá de ser integrada la sentencia del primer grado en lo relativo a los gastos extraordinarios y los extraescolares en los términos que se han dejado expuestos.

**CUARTO.-** La estimación parcial del recurso de la madre no ha de conllevar una expresa condena en las costas procesales de la alzada, conforme a lo preceptuado en el art. 398.2 de la LEC EDL 2000/77463 .

VISTOS los mencionados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Montserrat Martínez Vargas Vallés, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Elisabeth, y debemos revocar y revocamos con el mismo carácter parcial la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona, en fecha 19 de enero de 2010, en el sentido de que a partir del dictado de la presente resolución, la madre habrá de satisfacer en concepto de pensión de alimentos a favor de la hija mayor de edad común la suma de 80 euros mensuales, así como otros 150 euros mensuales en concepto de pensión alimenticia respecto del hijo menor de

edad; ambas pensiones serán revalorizadas anualmente conforme al IPC. Se integra la sentencia de primera instancia en lo relativo a los gastos extraordinarios en el sentido que se ha dejado expuesto en el FJ Tercero de la presente resolución. Se confirma dicha sentencia de primera instancia en todo lo demás. Todo lo que se pronuncia sin verificar una expresa imposición a la recurrente respecto de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de la presente alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC. EDL 2000/77463 También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F.16ª, 1.3ª LEC EDL 2000/77463 ). El/los recursos debe/n ser preparado/s ante esta Sección en el plazo de cinco días.

Y firme que sea esta resolución, 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: 08019370122010100391