

Resumen

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación presentado por el esposo contra sentencia dictada en procedimiento de divorcio, revocándose la misma en el sentido de reducir la cuantía de la pensión alimenticia a cargo del esposo. Aclara la Sala que deben diferenciarse los gastos extraordinarios como 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 denominados extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada. 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 custodio; sin embargo, en aquellos casos en los que la perentoriedad no exista, o el coste económico sea desproporcionado, a pesar de resultar el gasto de imprescindible realización, su ejecución debe ser previamente comunicada al progenitor con él que el menor no convive.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
art.83.1 , art.86.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Supuestos diversos

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Modificación

Supuestos en que procede su disminución

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.83.1, art.86.1 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 debiendo estimar parcialmente la demanda interpuesta por Jesus Miguel, representado por el Procurador Sr. Arcas Hernández, contra Beatriz, debo declarar y declaro disuelto por divorcio, el matrimonio de los referidos litigantes, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y acordando como medidas las siguientes: 1.- Se mantiene el uso del domicilio familiar a la Sra. Beatriz e hijos bajo cuya guarda y custodia permanecen.- 2.- La pensión de alimentos fijada a favor de los dos hijos menores y con cargo al padre, queda fijada en 1275 euros mensuales, actualizable anualmente según IPC, así como que los progenitores contribuyan en un 50% en los gastos extraordinarios de los menores.- 3.- Se mantiene el régimen de visitas entre padre e hijos aprobado en sentencia de separación, precisando que los períodos vacacionales de verano se repartirán por quincenas los meses de julio y agosto y por mitades los períodos vacacionales de los meses de junio y septiembre en el que los menores no están en período lectivo.- 4.- Se acuerda la división de la vivienda conyugal sita en la calle PASEO000 núm. NUM000 - NUM001, NUM002. de Barcelona, a llevar a cabo en ejecución de sentencia pero respetando el

uso judicial de la vivienda a los hijos menores del matrimonio y a la Sra. Beatriz.- Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación del presente expediente".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora 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 DIECISIETE DE JUNIO 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. PASCUAL MARTIN VILLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PRIMERO.- Por la Sra. Magistrada-Juez en sustitución del juzgado de primera instancia núm. 16 de los de Barcelona se dictó sentencia en fecha 27 de noviembre de 2009 mediante la que estimando la demanda interpuesta por D. Jesus Miguel se declaró disuelto por divorcio el matrimonio celebrado por éste con D^a Beatriz, y se acordaron las siguientes medidas: 1) Se mantiene el uso del domicilio familiar en favor de D^a Beatriz e hijos bajo cuya guarda y custodia permanecen. 2) La pensión de alimentos a cargo del padre en favor de los dos hijos menores queda fijada en la suma de 1.275 euros mensuales, así como que ambos progenitores contribuyan en un 50% en los gastos extraordinarios de los menores. 3) Se mantiene el régimen de visitas entre padre e hijos aprobado en sentencia de separación, precisando que los períodos vacacionales de verano se repartirán por quincenas los meses de julio y agosto, y por mitades los períodos vacacionales de los meses de junio y septiembre en el que los menores no están en período lectivo. 4) Se acuerda la división de la vivienda conyugal sita en el PASEO000 núm. NUM000 - NUM001, NUM002 de Barcelona, a llevar a cabo en ejecución de sentencia, pero respetando el uso de la vivienda a los hijos menores y a la madre. Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación del presente expediente (sic).

Frente a la expresada resolución se alzó el progenitor paterno, interesando su revocación en lo relativo a la pensión alimenticia fijada en la misma, debiendo reducirse a la suma de 1.200 euros al mes, actualizables según las variaciones del IPC desde la separación, más la mitad de los gastos extraordinarios; y se decreta la extinción del derecho de uso sobre la que fuera la vivienda familiar; todo ello, con expresa imposición de costas a la adversa.

La madre, D^a Beatriz, se opuso al recurso formulado de contrario interesando su desestimación y que se mantenga íntegramente lo establecido en la sentencia de divorcio de 27 de noviembre de 2009, y todo ello, con una expresa imposición de costas al apelante.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Se aduce por el recurrente en la alegación cuarta de su escrito de formalización del recurso que, tal y como puede comprobarse en la grabación del acto de la vista, en lo relativo a la pensión de alimentos a su cargo en favor de los dos hijos menores comunes, las partes acordaron seguir rigiéndose por lo establecido en el proceso de separación; esto es, 1.200 euros mensuales actualizables desde la separación, más el 50% de los gastos extraordinarios, y que la suma de 1.275 euros surgió en el debate del procedimiento porque era lo que los esposos habían acordado desde diciembre de 2007, a fin de no tener que reclamarse constantemente la mitad de los gastos extraordinarios.

Por la madre apelada se señala en su escrito de oposición al recurso que en el acto de la vista, concretamente en el minuto 09:00 y ss., por dicha parte se solicitó que el padre debía abonar la suma total mensual de 1.357 euros, actualizable cada mes de Marzo; siendo así que dicha cantidad de 1.357 euros resulta de 1.252 euros en concepto de pensión de alimentos actualizada a fecha de marzo de 2009, más 105 de euros de la mitad del coste de las actividades extraescolares fijas que realizan los menores, según consta acreditado en autos; id est, pintura, inglés y gimnasia; y ello, más la mitad de los gastos extraordinarios.

Una vez visionado el CD de la vista es posible afirmar que ambas partes tienen su parte de razón. Nos explicamos: ciertamente, por la defensa letrada de la madre se hizo referencia en el acto de la vista a que los gastos extraescolares no habían sido computados en el convenio regulador, ya que en aquel momento los niños eran muy pequeños y no realizaban actividades extraescolares, y, por esa razón, la pensión de alimentos debería quedar fijada en 1.200 euros más las actualizaciones, lo que -como adujo- para que conste en acta, ascendería a la suma de 1.252,75 euros, más mantener el pago de la mitad de los gastos extraordinarios, entre los que se encontrarían 210 euros de gastos extras que correspondería 105 a cada progenitor.

Estos gastos extras -añadió la Letrada- en realidad son las actividades extraescolares fijas que realizan los menores. Por la defensa letrada del progenitor paterno en el minuto 11:36 se mantuvo que no ponía reparo a los 1.200 euros, más las actualizaciones y, en cuanto a los gastos extraordinarios -añadió-, "si se nos aportan los recibos correspondientes, no habría ningún problema".

El convenio regulador suscrito por ambos progenitores en fecha 9 de marzo de 2007 -homologado judicialmente- en su pacto 4º relativo a la pensión de alimentos y gastos extraordinarios coincide plenamente con el pacto 4º del otro convenio suscrito por los otrora consortes en fecha 10 de octubre de 2008 y que en sede de divorcio -ante la negativa de D^a Beatriz - no fue ratificado judicialmente. La solicitud que ahora en su recurso se realiza por el padre es idéntica al contenido de ambos pactos, ello es preciso tenerlo en cuenta, pero también la respuesta de la defensa letrada del padre antes transcrita, cuando por ella se afirma estar de acuerdo con la propuesta verificada por la defensa de la madre, a lo que añade una pequeña matización, cual es que en lo relativo a los gastos extraordinarios estaría de acuerdo si por la madre se aportasen los correspondientes recibos de estos gastos.

Lo primero que es preciso aclarar es que los gastos extraescolares no responden en ningún caso al concepto de gastos extraordinarios, como a continuación evidenciaremos; por ello, si el progenitor paterno por mera liberalidad desea satisfacerlos, no va a ser este Tribunal -que debe velar en todo momento por los intereses de los menores- indudablemente, quien que se lo impida. Ahora bien, como parece que existe un error de concepto, ya que por la defensa de la madre se pretende englobar dentro de los gastos extraordinarios, los gastos extraescolares, y por la del padre se señala que es preciso la acreditación de estos gastos mediante recibos, a fin de depurar el concepto de unos y otros gastos se ha de evocar la doctrina reiterada de esta Sala en la materia.

Así, por gastos extraordinarios habrá de entenderse 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 denominados 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 custodio; sin embargo, en aquellos casos en los que la perentoriedad no exista, o el coste económico sea desproporcionado, a pesar de resultar el gasto de imprescindible realización, su ejecución debe ser previamente comunicada al progenitor con él que el menor no convive.

En aplicación de la anterior doctrina, el recurso del padre, en el sentido de que interesa el que en esta alzada se fije una pensión de alimentos, con sus actualizaciones correspondientes desde la separación, más la mitad de los gastos extraordinarios, debe ser estimado; teniendo en cuenta, sin embargo, el concepto de estos gastos que se ha dejado transcrito en los párrafos anteriores, así como el de los extraescolares.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se indican por el apelante las razones que -a su entender- justificarían la negativa de D^a Beatriz a ratificar ante la autoridad judicial el convenio regulador suscrito por ambos consortes con ocasión de la demanda de divorcio. Así, siempre según el recurrente, D^a Beatriz se habría negado a ratificar el convenio a causa de la convivencia marital que mantenía con su actual pareja sentimental en la vivienda que constituyó el domicilio familiar, por cuanto que sabía que con ello estaba incumpliendo el convenio regulador, manteniendo oculta su relación hasta que la misma fue descubierta por él.

No le asiste la razón al recurrente. Ya en el acto de la vista del juicio, y ahora en su sentencia, se señaló por la Sra. Juez del primer grado que el pacto 3º de uno y otro convenio, en lo relativo a que la atribución del uso del domicilio familiar, se extinguiría por la convivencia de la Sra. Beatriz con tercera persona, era perjudicial para los dos hijos menores comunes; siendo así que la Juzgadora del primer grado llegó a manifestar en aquel acto, "ese pacto se ha debido plantear en el entendimiento de que Vds. harían valer esta cláusula 3ª del convenio regulador cuando los hijos alcanzasen la mayoría de edad, y no antes, pues no se puede hacer depender el uso de que la madre de los menores conviva o no con tercera persona.

Esta Sala comparte absolutamente el criterio de la Sra. Juez del primer grado; y así lo expresa en su Sentencia de fecha 25 de marzo de 2009, del siguiente tenor literal: "El reconviniente no aduce otro motivo para el cese de la atribución del uso que el hecho de que el domicilio familiar está siendo también usado por la actual pareja de la apelada. Tal cambio es irrelevante a esos efectos (contrariamente a lo que ocurre con la pensión compensatoria, "ex" artículo 86.1.b. CF), pues la razón de la atribución y la aprobación judicial está en la existencia de un hijo menor común cuya guarda y custodia tiene la madre. Tal circunstancia no ha variado. El hijo continúa siendo menor, pues tiene 10 años, y vive con su madre. El artículo 83.1.a CF continúa siendo la base legal para la atribución de ese uso del domicilio familiar. No se trata tanto, como se refleja en la sentencia, que las partes hubieran asumido y tácitamente previsto esa posibilidad, sino que la razón legal de la atribución es el prevalente interés del menor. Es más, si se hubiera pactado expresamente que el uso estaba condicionado a la no convivencia, ese pacto hubiera atentado contra el orden público. Caso distinto es la pensión compensatoria, fijada exclusivamente en interés del otro miembro de la pareja, que como prolongación de la solidaridad matrimonial debe extinguirse cuando esa persona establece lazos de nueva solidaridad convivencial o matrimonial con una tercera persona.

Además, el enriquecimiento injusto que se alega es inexistente, pues ningún perjuicio económico tiene el copropietario satisfaciendo los gastos vinculados a la propiedad (otra cosa son los vinculados al uso de la vivienda), porque mantiene esa propiedad y liquidará su parte en el momento oportuno".

Por todo ello, en aplicación de la anterior doctrina, y sin necesidad de otros razonamientos, este motivo del recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso que habrá de pronunciarse en la parte dispositiva de la presente resolución, hace que no deban serle impuestas al recurrente las costas procesales de la alzada, con arreglo 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 el Procurador de los Tribunales D. Carles Arcas Hernández en nombre y representación de D. Jesus Miguel, y debemos revocar y revocamos con el mismo carácter parcial la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona, en fecha 27 de noviembre de 2009, en el sentido de reducir la pensión de alimentos establecida a cargo del padre y en favor de los menores a la suma mensual de 1.200 euros, actualizables según las variaciones del IPC anual desde la separación, más la mitad de los gastos extraordinarios que se generen por los dos hijos menores, entendidos éstos en el

sentido que se han dejado definidos en el FJ 3º de la presente resolución. Se confirma la sentencia en todo lo demás. Y todo ello, sin verificar una expresa imposición al recurrente 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: 08019370122010100396