

**Resumen**

*La AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto aumentando la cuantía de la pensión alimenticia que el apelado ha de abonar. Señala la Sala que en el proceso de divorcio pueden dilucidarse " ex novo " las mismas cuestiones que ya se resolvieron en el pleito de separación, al no estar afectadas por el principio de cosa juzgada. Por otra parte, señala la Sala que no puede entenderse que en la pensión alimenticia estén previstos los gastos extraordinarios ni aquellos que no sean previsibles o tengan cierta periodicidad, por lo que se aumenta la cantidad acordada en concepto de pensión a alimenticia, aclarando que los gastos extraordinarios serán abonados por mitad por ambos cónyuges.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.139.4 , art.259

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.142 , art.1145

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	5

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**MATRIMONIO**

**EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

- Pensiones alimenticias a los hijos
  - Determinación de la cuantía
  - Obligación de ambos cónyuges
  - Proporcional a ingresos y necesidades
  - Modificación
- Supuestos en que procede su elevación

**SENTENCIA**

**COSA JUZGADA**

- Concepto y características

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

**Legislación**

Aplica art.139.4, art.259 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.142, art.1145 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

**Jurisprudencia**

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Barcelona de 20 junio 2006 (J2006/332413)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que procede su elevación SAP Barcelona de 9 mayo 2006 (J2006/301310)



Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que procede su elevación, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Guadalajara de 9 abril 2002 (J2002/22706)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que procede su elevación, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Madrid de 15 febrero 2002 (J2002/16262)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que procede su elevación, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Barcelona de 11 febrero 2002 (J2002/11106)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía AAP Barcelona de 25 junio 2001 (J2001/64323)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía AAP Barcelona de 14 febrero 2000 (J2000/7791)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Barcelona de 20 noviembre 1999 (J1999/56846)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que procede su elevación, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Alicante de 17 septiembre 1999 (J1999/32647)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Supuestos en que procede su elevación, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Valencia de 11 marzo 1999 (J1999/26432)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Navarro Bujía, en representación de D. Héctor , contra Dª Amparo , DECLARO:

La disolución a efectos civiles del matrimonio celebrado el 19 de septiembre de 1987 entre D. Héctor y Dª Amparo .

La atribución del ajuar y custodia de los hijos menores Jon y Marcelina a la madre Dª Amparo , en régimen de patria potestad compartida.

Que se establezca el régimen de visitas descrito en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución.

La fijación de una pensión alimenticia favor de los hijos Jon y Marcelina , pagadera por su padre, de ciento cincuenta y ocho euros con cincuenta céntimos (158,50 €) para cada uno de ellos, más las actualizaciones de dicha cantidad, actualizable la cantidad resultante conforme al Índice de Precios al Consumo, así como la mitad de los gastos extraordinarios, y que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que a tal efecto designe Dª Amparo .

Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la demandada, del que se dio el pertinente traslado a las otras partes, presentando tanto el demandante como el Ministerio Fiscal escrito de oposición al mismo, tras lo cual se remitieron los autos a esta Superioridad, y recibidas las actuaciones y comparecidos sendos litigantes, la parte Apelante por el Procurador Santiago Puig de la Bellacasa y la contraparte Oponente por la Procuradora de Oficio Esther Suñer Ollé, se designó Ponente y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de diciembre de 2006.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la Sección, D. ENRIC ANGLADA FORS.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a los pronunciamientos de la sentencia de instancia se alza la demandada, a través del presente recurso de apelación, aduciendo como único motivo del mismo, con fundamento en la existencia de un error de hecho y de derecho en la determina-

ción de la pensión de alimentos y en una errónea apreciación de la prueba obrante en las actuaciones, el aumento de la cuantía de la pensión alimenticia fijada a favor de los dos hijos comunes a cargo de su padre, solicitando asimismo que se precise el concepto de lo que debe entenderse por gasto extraordinario y que, por tanto, se incremente la pensión alimenticia a la cantidad de 300 € por hijo, comprendiéndose dentro de ella todos los conceptos enumerados en el artículo 259 del Codi de Família, y que se establezca que sólo deberán ser abonados por mitad los gastos realmente extraordinarios y no cualesquiera otros gastos que no tienen tal consideración. El padre demandante postula la íntegra ratificación de la resolución impugnada que fija la suma de 158,50 € por hijo por el concepto de pensión alimenticia, que viene a representar la suma acordada en su día en la sentencia de separación debidamente actualizada, así como la mitad de los gastos extraordinarios, entre los que incluye las actividades extraescolares de aquéllos.

SEGUNDO.- Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, ante todo, que en el proceso de divorcio pueden dilucidarse ex novo las mismas cuestiones que ya se resolvieron en el pleito de separación, al no estar afectadas por el principio de cosa juzgada, ni ser de estricta aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 80 del Codi de Família, habiendo proclamado el carácter autónomo del juicio de divorcio respecto del de separación conyugal múltiples sentencias de las Audiencias Provinciales, de las que son un fiel exponente, entre otras, las de la A.P. de Valencia de 11 de marzo de 1999 EDJ 1999/26432 , de la A.P. de Alicante de 17 de septiembre de 1999 EDJ 1999/32647 , de la A.P. de Guadalajara de 9 de abril de 2002 EDJ 2002/22706 , de la A.P. de Madrid de 15 de febrero de 2002 EDJ 2002/16262 y 18 de marzo de 2005 EDJ 2005/44576 y de la A.P. de Barcelona, Sección 12ª, de 11 de febrero de 2002 EDJ 2002/11106 , 16 de diciembre de 2003 EDJ 2003/184425 y 7 de mayo EDJ 2004/55672 , 28 de septiembre EDJ 2004/176040 y 4 de octubre de 2004 EDJ 2004/176046 , y de esta misma Sección 18ª, de 14 de marzo de 2002 EDJ 2002/22839 , 11 de marzo de 2003, 2 de abril de 2004 EDJ 2004/34977 , 10 de octubre de 2005 EDJ 2005/253286 y 7, 16 EDJ 2006/257959 y 23 de marzo EDJ 2006/279463 y 9 de mayo de 2006 EDJ 2006/301310 , por lo que los efectos del convenio de separación suscrito entre los consortes hoy en litigio, si bien constituyen un dato importante a tener en cuenta, no vinculan para acordar las medidas dimanantes de la declaración de divorcio, y, menos aún, cuando éstas se refieren a hijos menores de edad, las cuales pueden adoptarse "ex officio" y siempre en interés del/ de la menor -pº del favor minoris".

TERCERO.- 1. Sentado lo precedente y entrando de lleno en el análisis del "doble" motivo de apelación respecto a la medida impugnada, el Tribunal, por razones obvias, de orden lógico y sistemático y a los efectos de poder realizar una adecuada cuantificación de la pensión alimenticia de los hijos de los litigantes, estima conveniente precisar, con carácter previo, que debe entenderse por alimentos y especialmente por gasto extraordinario, para así poder determinar lo que debe considerarse englobado dentro de la cuantía de la pensión alimenticia señalada a cargo del padre y lo que debe reputarse como gastos extraordinarios a abonar al 50% por cada progenitor.

2. Esta misma Sección 18ª de la A.P. de Barcelona, en Autos de fecha 18 de octubre de 1999, de 14 de febrero de 2000 EDJ 2000/7791 , 25 de junio de 2001 EDJ 2001/64323 , 30 de abril de 2003 y 27 de abril de 2004 , ya se pronunció que dentro del concepto de alimentos, y, por tanto, dentro de la cuantía de la pensión alimenticia fijada a cargo del progenitor no custodio, debe entenderse englobado, siguiendo los dictados del artículo 259 del Codi de Família, "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista". Asimismo este Tribunal, en Auto de 26 de febrero de 1999 , explicitó que son gastos extraordinarios, debiendo entenderse como tales "todos aquéllos que salen de lo natural o de lo común" y "que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad", precisando esta propia Sección, en Sentencias de 19 de julio y 20 de noviembre de 1999 EDJ 1999/56846 , 26 de enero y 3 de marzo de 2004, 26 de julio EDJ 2005/303847 y 13 de octubre de 2005 y 17 de mayo EDJ 2006/301308 , 20 de junio EDJ 2006/332413 , 4 de julio y 18 de octubre de 2006 , y en los Autos de 30 de abril de 2003 y 27 de febrero de 2004 EDJ 2004/8789 , que "el concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso", "y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera".

En este mismo sentido se ha pronunciado la otra Sección de esta Audiencia Provincial de Barcelona, especializada en materia de Dº de Família, siendo de destacar, por su precisión terminológica y por ser de fecha relativamente reciente, el Auto de la Sección 12ª de la A.P.B. de 6 de junio de 2002 EDJ 2002/40634 , que indica al respecto "que la previsión en las sentencias de familia y en los convenios reguladores de que el pago de los gastos extraordinarios de los hijos se realizará por mitad entre los progenitores, con independencia de la pensión alimenticia ordinaria, que cubriría los gastos más habituales, plantea numerosos problemas en la ejecución, tal como se refleja en el caso de autos, derivados de las dudas que surgen en el momento de calificar como extraordinarios determinados gastos que, con frecuencia, ya se han devengado y se han hecho efectivos por el progenitor custodio, que ejerce por esta vía la acción de repetición del pago entre codeudores de parte alícuota, del artículo 1.145 del Código Civil EDL 1889/1 . Como razona la resolución del tribunal de primera instancia, los gastos habituales del alimentista son los que han debido ser computados para el establecimiento de la prestación alimenticia, así como para la distribución de la misma entre las dos personas jurídicamente obligadas a soportarlos, de forma proporcional con sus posibilidades económicas. Tales gastos son los ordinarios de manutención alimenticia, en sentido estricto, vestido, sanidad, habitación y educación, como son definidos por el artículo 259 del Código de Familia de Cataluña , en el mismo sentido que el artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 . No puede identificarse la mensualidad ordinaria alimenticia con los gastos de periodicidad también mensual, puesto que la referencia legal ha de realizarse a los gastos habituales, con independencia de su devengo, calculados en cómputo anual, aun cuando la obligación de pago se divida en doce mensualidades normalizadas. Esta es, entre otras, la razón por la que se establece el pago en los doce meses del año, con abstracción del hecho de que alguno de tales periodos los hijos permanezcan en compañía del progenitor con el que no residen habitualmente, que ha de soportar, también, la carga de la manutención, y atención de las necesidades de los hijos cuando los tiene en su compañía. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, los gastos extraordinarios, tanto en los casos en los que no exista enumeración detallada en la ejecutoria, como cuando su concreción no sea

suficiente, se extienden a los que se produzcan de forma imprevisible y resulten, además, necesarios. Si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente -también de forma fehaciente-, o pueda asentir a la misma dejando transcurrir los treinta días desde la notificación de la propuesta de conveniencia del gasto, tal como prevé expresamente el artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña . Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial, tal como prevé el artículo 138 de dicho texto legal".

3. En base a todo lo explicitado, debe puntualizarse y precisarse que además de la pensión alimenticia periódica de los hijos, en la cuantía que se determinará a continuación, el padre deberá sufragar asimismo el 50% de los gastos extraordinarios de aquéllos, debidamente acreditados y convenidos previamente por ambos progenitores, a no ser que se trate de un gasto estrictamente necesario y que por razones de urgencia no pudiere la madre solicitar el consentimiento de aquél, y ello, no obstante, en el bien entendido que no pueden reputarse como tales, a diferencia de lo indicado por el Juez "a quo", las actividades extraescolares que realicen los hijos, pues éstas, según se han pronunciado con reiteración ambas Secciones especializadas en Derecho de familia de esta A.P. de Barcelona, tienen la consideración de gastos de formación, incardinables, por tanto, dentro de la norma contenida en el artículo 259 del Código de Familia -y en el 142 del Código Civil EDL 1889/1 -.

CUARTO.- Pasando seguidamente a examinar la cuestión relativa al "quantum" de la pensión alimenticia de los hijos comunes del matrimonio de los litigantes, es de reseñar, que es criterio reiterado de esta Sala, que para la fijación de la cuantía de los alimentos, ha de atenderse al binomio necesidad-posibilidad que se contempla en el artículo 267, 1 . del Codi de Família, y en concreto a las necesidades de los hijos de los consortes hoy en litigio, Jon y Marcelina -de 16 y 12 años de edad en la actualidad (folios 9 y 10)-, en función de la capacidad económica del padre alimentante, quien percibe unos ingresos por su trabajo, según la única nómina aportada de 883,49 € al mes (folio 20), si bien a dicha suma debe añadirse las dos pagas extras que cobra al año, las cuales prorrateadas por 12 mensualidades, vienen a representar unos emolumentos que rondan los 1.000 € mensuales, y, por tanto, siguiendo idénticas premisas y el criterio tenido en cuenta por los propios progenitores para establecer el "quantum" de los alimentos de los hijos, cuando suscribieron el convenio regulador de su separación, en cuyo momento, tal como consta acreditado, pactaron 150 € por hijo, cuando el padre tenía unos ingresos de 580 € al mes y la madre de 562 €, mientras que en la actualidad ésta se halla en situación de desempleo, percibiendo un subsidio de 316 € mensuales y cuando encuentra trabajo como dependienta suele cobrar unos 600 € al mes, por el contrario el padre ha visto incrementado su salario, tal como se ha acaba de exponer. Por ello, aunque el alimentante ciertamente tenga que devolver un préstamo personal, por un importe mensual de 251,18 €, solicitado para poder satisfacer sus deudas con la Hacienda Pública, no puede olvidarse, ni desconocerse, que el deber de alimentos a los hijos, que es de derecho natural y derivado de la potestad parental, deviene prioritario respecto de cualquier otra obligación asumida o que pueda llegar a contraer el alimentante, y de ahí que la Sala considere insuficiente la cantidad de 158,50 € por hijo fijada por el Juzgador de Instancia en concepto de alimentos -art. 259 del Codi de Família-, máxime cuando, a partir de la fecha de la presente resolución, dejará de pagar la mitad de los gastos de vestido, libros, material escolar, excursiones y actividades extraescolares, lo que comporta, en definitiva, que deba incrementarse el "quantum" de la pensión alimenticia de los hijos de los litigantes, Jon y Marcelina , a cargo de su padre, a la cantidad de 400 € mensuales, o sea 200 € por hijo al mes, más, cual antes se ha indicado, la mitad de los gastos que teniendo el carácter de extraordinarios, efectivamente, se produzcan.

QUINTO.- Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto, procede, con estimación parcial del recurso interpuesto y correlativa revocación de la sentencia impugnada, dar lugar en parte a la pretensión de la madre demandada en los términos explicitados en las dos precedentes fundamentaciones jurídicas de la presente.

SEXTO.- No es de hacer una especial declaración acerca de las costas causadas esta alzada -art. 398, 2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 -.

## FALLO

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Amparo , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. Dos de Sant Feliu de Llobregat, en fecha nueve de noviembre de dos mil cinco , debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mentada resolución en cuanto a la medida relativa al "quantum" de la pensión alimenticia y precisarla por lo que respecta al concepto de gasto extraordinario, y así:

-Se aumenta la cuantía de la pensión alimenticia fijada a favor de los hijos comunes de los litigantes, Jon y Marcelina , a cargo de su padre D. Héctor , a la suma de CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES, o sea DOSCIENTOS EUROS (200 €) por hijo al mes.

-Se puntualiza y se precisa que el padre deberá sufragar asimismo el 50% de los gastos de dichos hijos que realmente tengan el carácter de extraordinarios, cuando éstos, efectivamente, se produzcan y estén debidamente acreditados y convenidos previamente por ambos progenitores, a no ser que se trate de un gasto estrictamente necesario y que por razones de urgencia no pudiere la madre solicitar el consentimiento de aquél

SE CONFIRMA la sentencia de instancia en el resto de sus efectos y pronunciamientos.

Todo ello, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes litigantes.

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.- La extiendo yo la Secretaria Judicial para hacer constar que en el día de la fecha ha sido leída y publicada la anterior sentencia estando celebrando audiencia pública. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370182007100028