

# EDJ 2011/183112

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 12ª, S 22-7-2011, nº 429/2011, rec. 1039/2010  
Pte: Martín Villa, Pascual

## Resumen

La Audiencia Provincial de Barcelona estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fijación del régimen de visitas. El padre había interesado, habida cuenta de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores, que se suprimiese el día de visita intersemanal, a ello, ha de accederse en la parte dispositiva de la presente resolución, subsanándose esa omisión que se ha producido en la sentencia del primer grado. Para acreditar las necesidades alimenticias de un menor no es preciso que se aporte por quien reclama una justificación plena de todos y cada uno de los gastos de carácter alimenticio que genere dicho menor. Su concreta determinación dependerá en buena medida del nivel económico del que disfruten sus progenitores, ya que el concepto de alimentos no sólo cubre las necesidades más imperiosas -y, también por ello, más inmediatas en el tiempo, como son la alimentación, el vestido o la sanidad-, sino también aquellas otras de carácter educacional, de expansión y relación de los hijos y, en definitiva, de desarrollo de su personalidad.

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.216 , art.394 , art.477.2 , dfi.16

Ley Cataluña 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.76

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	5

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

#### Régimen de visitas

En general

Favor "filii"

Otras cuestiones

### FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Recurso de apelación

#### Legislación

Aplica art.216, art.394, art.477.2, dfi.16 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.76 de Ley Cataluña 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Cita art.1.3, art.2, art.398.2, art.770.773 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 15 enero 2001 (J2001/35)

Cita en el mismo sentido ATC Sala 1ª de 31 octubre 1994 (J1994/19708)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 12 junio 1986 (J1986/77)

Cita en el mismo sentido ATC Sala 1ª de 22 mayo 1985 (J1985/10067)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 10 diciembre 1984 (J1984/120)

### AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO núm. 1039/2010-R

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 3 SANT FELIU DE LLOBREGAT

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770-773 LEC EDL 2000/77463 núm. 154/2009

S E N T E N C I A núm. 429/11

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

DON PASCUAL MARTIN VILLA

DOÑA MYRIAM SAMBOLA CABRER

En la ciudad de Barcelona, a veintidos de julio de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770-773 Lec EDL 2000/77463 , número 154/2009 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 3 Sant Feliu de Llobregat, a instancia de D. Luis Manuel, representado por la procuradora Dª ANA SALINAS PARRA y dirigido por la letrada Dª PURIFICACION ROMO TOMAS, contra Dª Blanca, representada por la procuradora Dª OLANDA LOPEZ GRAÑA y dirigida por la letrada Dª MARÍA LUISA FERNANDEZ GALVEZ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 1 de abril de 2010, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal -IMPUGNANTE-.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente LA DEMANDA DE DIVORCIO interpuesta por el Procurador, D. Juan García García, en nombre y representación de D. Luis Manuel, mediante escrito de 3 de diciembre de 2008, contra Dª Blanca con quien contrajo matrimonio el 9 de julio de 1989, por lo que DEBO DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO celebrado en fecha de 9 de julio de 1989 entre ambos, así mantener en su integridad las medidas vigentes de acuerdo con lo establecido en la sentencia de separación judicial firme que rige la vida familiar de autos. En materia de costas se hace especial condena al actor, D. Luis Manuel."

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 15 de junio de 2011.

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 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 el Sr. Magistrado-Juez del juzgado de primera instancia núm. 3 de Sant Feliu de Llobregat se dictó sentencia en fecha 1 de abril de 2010 mediante la que, entre otros pronunciamientos y por lo que aquí interesa a los efectos del presente recurso de apelación, se declaró mantener en su integridad las medidas vigentes de acuerdo con lo establecido en la sentencia de separación judicial firme anterior.

Frente a la expresada resolución se alzó el progenitor paterno, D. Luis Manuel, interesando en cuanto a los pronunciamientos relativos al régimen de visitas, se suprima el día intersemanal establecido en su día, y en cuanto a los alimentos en favor de los hijos menores se fijen los mismos en la suma de 300 euros mensuales, acordándose, además la improcedencia de la condena en las costas procesales de la primera instancia; y todo ello con expresa imposición a la parte apelada de las causadas en esta alzada, si se opusiere al recurso.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto por D. Luis Manuel, y se adhirió parcialmente al mismo en lo relativo a la imposición al recurrente de las costas procesales de la primera instancia, dado que de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.2 de la LEC EDL 2000/77463 , en los casos de estimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará por mitad las costas devengadas, salvo en los casos en que se hubiese litigado con temeridad, no habiéndose acreditado este extremo, se ha de entender que procedería abonar las costas por mitad (sic).

La madre, Doña Blanca, se opuso al recurso formulado de contrario, interesando su desestimación, con expresa imposición al recurrente de las costas procesales de la alzada.

SEGUNDO.-.- Aduce el recurrente en la alegación primera de su escrito de interposición del recurso que el fallo de la sentencia no se halla ajustado a derecho, por cuanto que del mismo se desprende que no se ha tenido en cuenta la actividad probatoria llevada a cabo en el procedimiento, limitándose en el mismo a mantener en su integridad las medidas vigentes en la sentencia de separación (sic).

Añade el recurrente que, sin justificación alguna, el Juzgador considera dudosos los hechos relevantes expuestos por él, y, sin embargo, de la actividad probatoria llevada a cabo se constata que se ha producido un cambio de circunstancias relevantes para la modificación de las medidas acordadas en su día en la sentencia de separación, y, en ese sentido, se ha prescindido del principio de justicia rogada (sic) que preceptúa el artículo 216 LEC EDL 2000/77463, principio que comporta que los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes.

En modo alguno le asiste la razón al recurrente. Así, de un atento examen de la resolución recurrida, resulta obvio e innegable que lejos de los errores en la valoración de la prueba que se aducen por el recurrente, en dicha resolución se ha procedido a una suficiente valoración de cada una de las pruebas practicadas, cuya labor de apreciación y valoración pretende el recurrente interesadamente sustituir por su propio criterio.

El recurrente emite juicios de valor sobre lo que estima le conviene. Llega a conclusiones genéricas sobre falsos presupuestos, y se sustrae a la evidencia de que el Juzgador de instancia -desde la intermediación- mediante la valoración conjunta de la prueba practicada y a través de las reglas de la sana crítica ha llegado a conclusiones contrarias a aquellas sobre las que el recurrente en su propio interés insiste.

Esta Sala sentenciadora comparte la convicción a la que llega el Sr. Magistrado-Juez, sin que sus razonamientos puedan reputarse desvirtuados con los argumentos expuestos por el apelante en su escrito de recurso.

Por otro lado, y en lo relativo a esa supuesta infracción que se dice de lo preceptuado en el art. 216 de la LEC EDL 2000/77463, en el sentido de que el Juzgador del primer grado habría violado el mencionado precepto al apartarse de los hechos, pruebas y pretensiones de las partes (sic), olvida el recurrente que nos encontramos en una materia sujeta al orden público, en la que los Jueces y Tribunales no están vinculados por los principios dispositivo y de rogación (art. 216 LEC EDL 2000/77463), pudiendo en interés de los hijos menores de edad adoptar las medidas que consideren más beneficiosas para éstos, que es en definitiva lo que se ha llevado a cabo por el Juzgador de primer grado, y que esta Sala comparte plenamente.

En el sentido indicado se pronuncia la unánime doctrina jurisprudencial, pudiendo leerse en la STC, Sala Segunda, de 15 Ene. 2001 EDJ 2001/35, que:

"...Por ello en la STC 120/1984, de 10 Dic. EDJ 1984/120, FJ 2, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de Familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 May. EDJ 1985/10067, y 291/1994, de 31 Oct. EDJ 1994/19708). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 Jun. EDJ 1986/77, «la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio.»

Por último las críticas que se vierten sobre la sentencia en lo relativo al pronunciamiento que en la misma se verifica sobre la atribución a la madre de la guarda y custodia de los menores, están absolutamente fuera de lugar; máxime, cuando -como afirma- desiste en el presente recurso de apelación de la petición principal efectuada en su escrito de demanda, relativa a que se le atribuyese a él la guarda y custodia de los hijos menores comunes.

TERCERO.-.- Centrada, por tanto, la materia objeto de recurso en que se suprime el día de visita intersemanal, en la reducción de la pensión de alimentos en favor de los dos hijos menores, y en la condena en las costas procesales de la primera instancia, se ha de comenzar por sistemática legal (art. 76 CF), con la cuestión relativa al régimen de visitas.

Respecto de esta cuestión, habiéndose observado que el padre había interesado, habida cuenta de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores, que se suprimiese el día de visita intersemanal, a ello, ha de accederse en la parte dispositiva de la presente resolución, subsanándose esa omisión que se ha producido en la sentencia del primer grado.

Se estima, por tanto, este motivo del recurso.

CUARTO.- Como se ha dejado expresado, se impugna también por el padre la sentencia del primer grado en lo relativo a la pensión de alimentos a su cargo en favor de los menores, dado que en la misma se mantienen en su integridad las medidas acordadas en la sentencia de separación de fecha 8 de febrero de 2002, confirmadas íntegramente por la sentencia de esta misma Sección de fecha 20 de septiembre de 2002.

Se ha de recordar "prima facie" que en la sentencia de separación se estableció a cargo del padre y en favor de los dos hijos menores una pensión de alimentos de 100.000 de las antiguas pesetas (600 euros). Ahora el padre, después de seis años, interesa que dicha pensión se reduzca a la mitad; es decir, 150 euros a favor de cada hijo menor, que no lo obviemos, es la suma que esta Sala viene estableciendo para casos de extrema penuria del progenitor no custodio.

Como pretexto para acreditar un cambio de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de la separación, arguye el padre, por un lado, un relativo empobrecimiento suyo por pérdida de parte de sus ingresos, y, paralelamente, un incremento de las

percepciones de su ex-consorte, así como una minoración de los gastos de los hijos menores. Todo ello habrá de ser objeto a continuación del correspondiente examen:

Lo primero que se observa es que el progenitor paterno olvida que ya en el momento de la separación él no estuvo conforme con la pensión alimenticia establecida por el juzgado, y así puede leerse en la sentencia de apelación dictada por esta misma Sección (fol.52), "...la petición del padre de rebajar la contribución a los alimentos no pueda ser acogida".

Ahora, afirma que ha sido despedido de la empresa para la que prestaba sus servicios en el año 2005, y sin embargo, no es hasta diciembre del año 2008, con ocasión de la demanda de divorcio por él interpuesta, cuando pone de manifiesto este cambio de circunstancias.

Pero es más, a finales del año 2005, el padre constituyó una empresa con una socia, su compañera sentimental, con la que convive en una vivienda propiedad de esta última. Dicha empresa satisface un alquiler mensual de 1.100 euros a una comunidad de bienes constituida por él y su socia. La empresa, también, ha satisfecho el importe del vehículo que el recurrente adquirió en noviembre del año 2006, y, asimismo, satisface las cuotas de leasing de una moto BMW, que también pilota el recurrente, aparte de abonar los gastos de gasolina y de teléfono móvil, etc. Según acredita su nómina mensual en la empresa, de la que él es también administrador, asciende a 1.000 euros mensuales.

Por lo que hace a su ex-consorte, Doña Blanca, se afirma por el recurrente que sus ingresos habrían variado al alza, ya que en el momento de la separación percibía 195.000 de las antiguas pesetas, esto es 1.171,97 euros, y ahora en concepto de pensión por invalidez percibe 1.167,83 euros, por catorce pagas.

La respuesta de Doña Blanca a lo anterior en su escrito de oposición al recurso es absolutamente correcta. El ánimo del recurrente de reducir la pensión a su cargo en favor de sus dos hijos, le lleva a olvidar el IPC aplicable a la cantidad que la madre percibía en el año 2002, siendo así que si aplicásemos el IPC a las 195.000 pesetas (1.171,97 euros) que percibía la madre en el año 2002, a la fecha del recurso en el año 2010, que es cuando se realiza el cálculo por el apelante, nos encontraríamos, con unas percepciones de 1.448,55 euros, aproximadamente, lo que supondría 276,58 euros más cada mes, que si se multiplica por 12 mensualidades nos da una cifra de 3.318,96, mientras que si multiplicamos por dos pagas los 1.167,83 euros que ahora percibe, ello arrojaría una cifra de 2.335,94 euros, lo que significa que, siempre aproximadamente, la madre percibe anualmente 983,02 euros menos.

Por lo que hace a los menores que, no olvidemos, tienen graves carencias, ya que Alex padece de epilepsia y Xavi tiene un trastorno de déficit de atención (TDA) -por lo que tiene que medicarse-, se afirma por el padre que en la actualidad tienen menos gastos, ya que disfrutan de bonificaciones en todos los servicios escolares, y siendo ello así, dichas bonificaciones sólo revierten en beneficio de la madre.

A este respecto, se afirmó por la madre en el acto de juicio que a raíz de la declaración de invalidez que le había sido otorgada, se vio obligada a solicitar ayudas, ya que con sus ingresos y la pensión de alimentos que en favor de los menores le entregaba el padre, no tenía suficiente para el sustento de ella y de sus hijos, habida cuenta que sólo en concepto de alquiler de la vivienda está satisfaciendo 900 euros al mes. Esas bonificaciones, sin embargo, no alcanzan al total que se ha de satisfacer por gastos escolares, y además, en el momento en que los menores comiencen el bachillerato, que en el caso de Alex, ello era inminente en la fecha del juicio, dejarán de prestarse, habida cuenta de que la enseñanza en el bachillerato ya no es concertada.

En líneas generales -y, conforme a una común doctrina jurisprudencial-, para acreditar las necesidades alimenticias de un menor no es preciso que se aporte por quien reclama una justificación plena de todos y cada uno de los gastos de carácter alimenticio que genere dicho menor. Su concreta determinación dependerá en buena medida del nivel económico del que disfruten sus progenitores, ya que el concepto de alimentos no sólo cubre las necesidades más imperiosas -y, también por ello, más inmediatas en el tiempo, como son la alimentación, el vestido o la sanidad-, sino también aquellas otras de carácter educacional, de expansión y relación de los hijos y, en definitiva, de desarrollo de su personalidad.

Para la fijación de la pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio ha de tenerse en cuenta que el custodio (en este caso, la madre), como titular de la guarda de los menores, contribuye a su sustento no sólo soportando determinados gastos a los que, quizás por su moderada cuantía y la generalidad con la que se presentan, no suele dársele importancia, pese a tenerla, sino también con la atención y cuidados que, evidentemente, sólo el progenitor custodio les proporciona; lo que innegablemente resulta ser otro aspecto sumamente relevante a tener en cuenta a los efectos de cuantificar la pensión alimenticia de un hijo menor de edad.

Así las cosas, y por lo que hace a los ingresos del recurrente, los mismos no pueden entenderse minorados -si es que ello fuera así, lo que resulta bastante inverosímil- con la intensidad bastante para justificar la supresión o limitación de la pensión alimenticia a su cargo en favor de sus dos hijos menores. Respecto del incremento que se afirma en el recurso con relación a las percepciones de su ex-consorte, ya hemos visto que ello es incierto; y en lo relativo a las necesidades de los menores, atendidas las circunstancias que concurren en el caso, no puede decirse, pese a que reciban ayudas, que sus necesidades han minorado. Piénsese que la epilepsia de Alex se le ha diagnosticado en el año 2007, con bastante posterioridad a la separación de sus progenitores, y otro tanto puede decirse de la carencia de la que asimismo adolece el menor, Xavi.

Por todo lo expuesto, en la presente resolución ha de confirmarse íntegramente el pronunciamiento de la sentencia del primer grado por lo que hace a esta medida relativa a los alimentos de los dos hijos menores de edad.

QUINTO.-.- Por último, discrepa el recurrente de la condena en las costas procesales que le han sido impuestas en la sentencia de primera instancia.

Evidentemente, el Juzgador del primer grado, en atención a la manifiesta falta de base fáctica y jurídica de las pretensiones del ahora recurrente, le impone las costas procesales de la primera instancia.

El art. 394.2 de la LEC EDL 2000/77463 permite al Juzgador imponer las costas procesales en el caso de estimación parcial de la demanda si una de las partes hubiera litigado con temeridad. Ello parece ser lo que ha llevado al Juzgador a imponer al ahora recurrente las costas procesales de la primera instancia, sin embargo, la motivación para efectuarlo, resulta insuficiente, y en ese sentido, este motivo del recurso habrá de ser acogido, como también habrá de serlo la impugnación de la sentencia que respecto de este extremo se verifica por el Ministerio Fiscal.

SEXTO.- 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 Sra. Salinas Parra, en nombre y representación de D. Luis Manuel, y asimismo estimamos la impugnación que en lo relativo a las costas de la primera instancia se verifica por el Ministerio Fiscal, y debemos revocar y revocamos con el mismo carácter parcial la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 3 de Sant Feliu de Llobregat, en fecha 1 de abril de 2010 en el sentido de que: 1) dentro del régimen de visitas establecido en favor del padre para con sus hijos menores, debe suprimirse el día intersemanal; 2) se deja sin efecto la condena al progenitor paterno de las costas procesales de la primera instancia. Se confirma la sentencia en todo lo demás. No se verifica un especial pronunciamiento en lo relativo a las costas procesales 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 (DF. 16ª, 1.3ª LEC EDL 2000/77463 ). El/los recurso/s debe/n ser preparado/s ante esta Sección en el plazo de CINCO DÍAS.

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: 08019370122011100406**