

Resumen

Contra la resolución de instancia, que estimó la demanda y acordó las medidas oportunas; la AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto y revoca la resolución, en los extremos relativos al régimen de visitas y a la pensión alimenticia. La Sala considera, frente a lo dispuesto por el órgano "ad quo", que debe acogerse la pretensión planteada en relación a la modificación de la cuantía de la pensión alimenticia, así como de los gastos extraordinarios, que el padre deberá sufragar en el porcentaje del 50%, y no en la proporción de los ingresos de cada progenitor en el momento en que se produce el gasto, dado que ambos padres gozan de solvencia económica suficiente para poder atenderlos en idéntico porcentaje, no existiendo, por ende, motivo alguno que justifique su alteración.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
art.259 , art.264 , art.267

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.142

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Favor "filii"

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

Legislación

Aplica art.259, art.264, art.267 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.142 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394.1, art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.1145 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Barcelona de 4 septiembre 2007 (J2007/263862)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Barcelona de 5 septiembre 2007 (J2007/246132)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 1 octubre 2007 (J2007/246084)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 28 junio 2007 (J2007/200632)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 18 septiembre 2007 (J2007/190442)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 22 febrero 2007 (J2007/71414)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 20 febrero 2007 (J2007/71411)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 15 febrero 2007 (J2007/29735)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Barcelona de 20 junio 2006 (J2006/332413)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 17 mayo 2006 (J2006/301004)
Cita en el mismo sentido AAP Barcelona de 30 junio 2005 (J2005/303882)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 26 julio 2005 (J2005/303847)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Otras cuestiones SAP Barcelona de 22 noviembre 2005 (J2005/253226)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 13 octubre 2005 (J2005/247990)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Barcelona de 19 enero 2005 (J2005/8362)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 19 enero 2005 (J2005/5409)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía AAP Barcelona de 5 octubre 2004 (J2004/176570)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Barcelona de 27 abril 2004 (J2004/35015)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía AAP Barcelona de 27 febrero 2004 (J2004/8780)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía SAP Barcelona de 30 abril 2003 (J2003/138457)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 22 abril 2003 (J2003/138440)
Cita en el mismo sentido AAP Barcelona de 6 junio 2002 (J2002/40634)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía AAP Barcelona de 25 junio 2001 (J2001/64323)
Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía AAP Barcelona de 14 febrero 2000 (J2000/7791)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 20 noviembre 1999 (J1999/56846)
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 19 julio 1999 (J1999/53048)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMO la demanda presentada por la Procuradora Sra. Moles Muruzabal en nombre y representación de D^a María Antonieta contra D. Roberto, representado por el Procurador Sr. Arcas Hernández y acuerdo las siguientes medidas:

Se otorga la guarda y custodia de las hijas a la madre, siendo compartido el ejercicio de la patria potestad. El padre estará con sus hijas los fines de semana alternos desde la salida del colegio o actividades extraescolares el viernes hasta el regreso al colegio el martes, ampliándose al día anterior o posterior en el supuesto que el viernes o lunes sean festivos y 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 los impares, y la mitad de los festivos intersemanales. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar ambos progenitores en beneficio de sus hijas.

En concepto de pensión de alimentos a favor de las hijas, el padre satisfará la cantidad de 600 euros para cada una de ellas, por meses anticipados en la cuenta designada por la madre. Dicha cantidad se satisfará por meses anticipados y se revisará anualmente de conformidad con las variaciones del IPC y sin necesidad de requerimiento previo. También satisfará la mitad de los gastos extraescolares que de mutuo acuerdo consideren que deban realizar las menores y la mitad de los gastos extraordinarios.

Respecto a las visitas con los abuelos no cabe pronunciamiento alguno.

No se hace pronunciamiento sobre las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la demandante, del que se dio el pertinente traslado a las otras partes, presentado el Ministerio Fiscal escrito de oposición al mismo, así como el demandado, quien, a su vez, impugnó la resolución de instancia en los términos indicados en su escrito, del que asimismo se dio el correspondiente traslado, realizando aquélla las alegaciones que tuvo por conveniente, tras lo cual, se remitieron los autos a esta Superioridad, y recibidas las actuaciones y comparecidos sendos litigantes, se designó Ponente y, luego de dejarse unida la documentación adjuntada por ambas partes en litigio, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 1 de abril de 2008.

TERCERO.- En la tramitación del presente rollo se han observado y cumplido las prescripciones legales.

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 alzan ambas partes en litigio, a través de sendos recursos de apelación, y así la actora, por vía principal, interesa la modificación de las medidas dimanantes del divorcio, relativas al régimen de visitas padre-hijas y a la pensión alimenticia de éstas a cargo de aquél, y en concreto solicita: a) que se amplíe el régimen de contacto del padre para con sus hijas, a todos los lunes desde la salida del centro escolar hasta la entrada en el mismo el día siguiente por la mañana, siempre y cuando el padre esté personalmente con las niñas; de otra parte, que en relación a las vacaciones de Semana Santa, se establezca que pasen el período completo con cada progenitor, por años alternos; y finalmente, para el caso de que uno de los progenitores no pueda atender directamente a sus hijas cuando le corresponda estar en compañía de éstas, se instituya la obligación de ofrecer al otro la posibilidad de hacerse cargo de las hijas en común, antes de acudir con tal finalidad a terceras personas; y b) que se incremente la cuantía de la pensión alimenticia de las hijas a cargo de su padre a la suma de 2.400 €, o sea a 1.200 € por hija; y en cuanto a los gastos extraordinarios, tales como estancias en el extranjero para perfeccionar idiomas o gastos derivados de enfermedades o similares, que se establezca la obligación de ambos progenitores de hacerse cargo de los mismos en proporción a sus ingresos en el momento en que se produzca el gasto. Mientras que el demandado, tras pedir la ratificación de la medida relativa al régimen de visitas para con sus hijas, por vía de impugnación, pide la reducción de la pensión alimenticia fijada a favor de éstas y a su cargo, a la cantidad de 700 €, o sea 350 € por hija, más el 50% de los gastos extraordinarios de las menores. El Ministerio Fiscal postula la íntegra ratificación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- 1. Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, por lo que respecta a los tres pedimentos relativos al régimen de visitas padre-hijas reiterados por la demandante, que, en cuanto al primero de ellos, esto es, el referente a que el padre se haga cargo personalmente de las menores todos los lunes del año, que si bien es cierto, como afirma la recurrente-actora, que el propio progenitor no custodio, así lo solicitó en el escrito de contestación a la demanda, para el caso de que no se otorgara la custodia compartida, no lo es menos que en el acto de la vista del asunto principal, ya manifestó, que debido a su nueva situación profesional, como Magistrado del Tribunal Supremo, aunque al principio creía que podía compaginar perfectamente su trabajo con permanecer en Barcelona durante algunos días laborables, no puede comprometerse ahora a estar con sus hijas todos los lunes, tal como quiere e insiste la madre apelante, lo que comporta, en definitiva y sin necesidad de mayores consideraciones, la improsperidad de dicha primera pretensión revocatoria de aquélla, máxime cuando y ello no puede ignorarse, la madre no puede peticionar una ampliación del régimen de visitas para el padre de las menores, ya que ella no es precisamente la titular de este derecho-deber, que corresponde en exclusiva, tal como ha dicho de forma reiterada esta misma Sala (ad exemplum, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 EDJ 2005/253226), al progenitor no custodio y éste no sólo no ha solicitado el indicado día intersemanal, sino la confirmación en tal concreto particular de la resolución de instancia.

2. Distinta suerte debe correr la pretensión concerniente a las vacaciones escolares de las hijas de los litigantes correspondientes a Semana Santa, pues es criterio de este Tribunal, que cuando los progenitores residen habitualmente en poblaciones distantes, teniendo en cuenta, además, que aquéllas no son muy prolongadas en el tiempo, a fin de que los hijos/as puedan disfrutar de los momentos de ocio de forma más intensa con cada uno de sus padres, las hijas de los hoy litigantes permanecerán durante tal período vacacional en su integridad cada año con un progenitor, o sea, estarán enteramente con uno de ellos, por años alternos (Sentencias de esta Sección 18ª de 22 de abril de 2003 EDJ 2003/138440 y 28 de junio de 2007 EDJ 2007/200632, entre otras), correspondiendo tener a las hijas todas las vacaciones escolares de Semana Santa, salvo acuerdo expreso en otro sentido, al padre en los años pares y a la madre en los años impares.

3. Finalmente en lo concerniente a la solicitud realizada para el supuesto de que uno de los progenitores no pueda atender directamente a sus hijas cuando le corresponda estar en su compañía, la Sala comparte el criterio mantenido por la Juez "a quo", en el auto de medidas provisionales, de fecha 11 de julio de 2006, acerca de que no debe realizarse un pronunciamiento expreso de cómo debe llevarse a cabo la relación con las menores en el caso de que algún día uno de los progenitores no pueda estar con ellas (folios 81 al 87, con mención especial al folio 84), pues, aparte de que la estimación de tal petición podría ser en la práctica fuente de conflictos entre los progenitores, no puede obviarse, ni desconocerse, que cada uno de ellos -ya sea quien ostenta legalmente la guarda, ya sea el no custodio-, cuando las hijas estén o deban estar en su compañía, es quien decide de qué manera ha de ejercer y llevarse a cabo, durante el concreto período temporal, las facultades parentales que ostenta, atendiendo siempre al interés y beneficio de aquéllas -"pº del favor filii"-, y sólo para el caso de que estando las hijas bajo el cuidado de uno de sus padres, ora a través de la guarda legal -la madre-, ora mediante el ejercicio de la guarda de hecho -el padre- (los días o períodos de visitas), se produjere una disfunción por parte de cualquiera de ellos que afectase a las menores, debería la Juzgadora de Instancia adoptar las medidas conducentes para impedir tal situación, lo que conlleva, sin más, al decaimiento de esta tercera petición relacionada con el régimen de visitas paterno-filial.

TERCERO.- 1. Pasando seguidamente al examen de la medida de carácter económico impugnada -bien por insuficiente, bien por excesiva- por ambos progenitores, es de reseñar, ante todo, que 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 las hijas de los litigantes, estima indispensable 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.

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, 27 de febrero EDJ 2004/8780, 27 de abril EDJ 2004/35015 y 5 de octubre de 2004 EDJ 2004/176570, 19 de enero EDJ 2005/8362 y 30 de junio de 2005 EDJ 2000/7791, 20 de junio de 2006 EDJ 2006/332413 y 7 de julio y 4 EDJ 2007/263862 y 5 de septiembre de 2007 EDJ 2007/246132, 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 Autos de 30 de abril de 2003 EDJ 2003/138457 , 27 de febrero de 2004 EDJ 2004/8780 y 19 de enero EDJ 2005/5409 y 30 de junio de 2005 EDJ 2005/303882 , y en Sentencias de 19 de julio EDJ 1999/53048 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 EDJ 2005/247990 , 17 de mayo EDJ 2006/301004 , 20 de junio EDJ 2006/332413 , 4 de julio y 18 de octubre de 2006, 15 EDJ 2007/29735 , 20 EDJ 2007/71411 y 22 de febrero EDJ 2007/71414 , 18 de septiembre EDJ 2007/190442 y 1 de octubre de 2007 EDJ 2007/246084 y 10, 18 y 19 de marzo de 2008 , 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/de la 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 Derecho de Familia, siendo de destacar, por su precisión terminológica el Auto de la Sección 12ª de la A.P.B. de 6 de junio de 2002 EDJ 2002/40634 (seguido por otras muchas resoluciones), 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. Sentado lo precedente y en base a todo lo explicitado, debe puntualizarse y precisarse que además de la pensión alimenticia periódica de las hijas, en la cuantía que se determinará a continuación, el padre deberá sufragar asimismo los gastos extraordinarios de aquéllas, en el porcentaje del 50%, y no en la proporción de los ingresos de cada progenitor en el momento en que se produce el gasto -como solicitaba la apelante-actora-, dado que, aparte de que el abono por mitad suele ser la distribución habitual que se suele realizar en la práctica, en el caso de autos ambos padres gozan de solvencia económica suficiente para poder atenderlos en idéntico porcentaje, no existiendo, por ende, motivo alguno que justifique su alteración, con lo cual se tiende a evitar asimismo la problemática que podría comportar el hecho de tener que realizar, en cada ocasión que se de un gasto de tal naturaleza, el cálculo total de los emolumentos de cada progenitor; siendo de añadir que para que tales gastos extraordinarios puedan reclamarse han de estar 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 pudiese la madre solicitar el consentimiento del padre, y ello, no obstante, en el bien entendido que no pueden reputarse como tales el montante a que ascienden los libros, el material escolar, las colonias escolares y las distintas actividades extraescolares que realicen las hijas, pues, según se ha pronunciado esta Sección 18ª en las recientes sentencias de 15 EDJ 2007/29735 y 22 de febrero EDJ 2007/71414 , 4 EDJ 2007/263862 y 18 de septiembre EDJ 2007/190442 y 1 de octubre de 2007 EDJ 2007/246084 y 10, 18 y 19 de marzo de 2008 y en el auto de 7 de julio de 2007 , éstas 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 ámbito del Dº común, en el artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 -.

4. En definitiva, los dos progenitores deberán satisfacer por mitad, todos los gastos de las hijas que tengan realmente el carácter de extraordinarios, cuando éstos se produzcan, queriendo reiterar el Tribunal que, entre los cuales, sólo se encuentran, salvo, obviamente, pacto en otro sentido por parte de los progenitores, los que ya fueron objeto de definición en el primer Auto dictado por esta Sala, sobre esta materia, de fecha de 26 de febrero de 1999 , es decir, "todos aquéllos que salen de lo natural o de lo común" y "que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad" (ad exemplum, estancias por motivos de estudios en el extranjero y gastos médicos no cubiertos, ni por mutua, ni por la Seguridad Social).

CUARTO.- 1. Entrando a continuación al análisis de la cuestión relativa al "quantum" de la pensión alimenticia de las hijas comunes de los litigantes, es de constatar que para su fijación ha de atenderse -tomando en consideración el nivel de vida de la familia constante

matrimonio- al binomio necesidad-posibilidad que se contempla en el artículo 267, 1 . del Codi de Família, y en concreto a las necesidades de las referidas hijas, Lorenza y María del Pilar -de 13 y 11 años de edad en la actualidad-, las cuales no han sido valoradas en toda su extensión por la Juez "a quo", pues, además de los gastos cotidianos, realizan diversas actividades extraescolares -que si bien están perfectamente detalladas en la sentencia de instancia, no se encuentran todas ellas cuantificadas en la misma, y que ascienden a la suma mensual de 418,04 €-, en función de la capacidad económica del padre alimentante, quien, en el curso del presente pleito, pese a haber aumentado de categoría profesional y también sus ingresos derivados de la misma, ofrece como alimentos para sus dos hijas inferior cantidad de la que últimamente venía satisfaciendo cuando ambos progenitores ostentaban la custodia compartida de las menores, pues en la aportación mensual de cada uno, obviamente, no venía incluida, ni la manutención, ni la parte proporcional de vivienda -en la que no se debe computar, a diferencia de lo manifestado por la dirección letrada de la demandante, los gastos relativos a la propiedad, tales como hipoteca, gastos de comunidad extraordinarios e IBI (al ser propiamente cargas familiares y no alimentos)-, ni "canguros", ya que al tratarse de una custodia compartida cada progenitor asumía íntegramente tales gastos, mientras las hijas permanecían con ellos.

2. Dicho lo anterior, hay que especificar los emolumentos que perciben ambos progenitores, toda vez que a los alimentos de los hijos deben contribuir los dos, en proporción a su caudal respectivo -art. 264 C.F. -. De las respectivas declaraciones del IRPF del ejercicio del año 2005 -último que obra en las actuaciones-, resulta que el padre demandado tuvo unos ingresos íntegros anuales de 88.040,16 €, netos de 86.350,05 €, lo que dio lugar a una base imponible de 82.151,40 €, cuya cantidad prorrateada por 12 mensualidades, viene a representar unos haberes mensuales netos de 6.845,95 € al mes (folios 145 al 155), de los cuales 4.354,47 € mensuales netos eran fruto de su nómina como Magistrado del TSJC, proviniendo la suma restante de cursos y conferencias; mientras que la madre actora tuvo unos ingresos íntegros anuales de 81.339,78 €, netos de 79.576,73 €, lo que dio lugar a una base imponible de 72.650,73 €, cuya cantidad prorrateada por 12 mensualidades, viene a representar unos haberes mensuales de 6.054,22 € al mes (folio 167), de los cuales 4.002,47 € eran producto de su nómina como Magistrada-Decana de Barcelona, proviniendo asimismo la restante suma de cursos y conferencias. Hasta la fecha, la demandante sigue ostentando idéntica categoría profesional y no consta que perciba mayor salario, lo cual no acontece con el demandado, quien fue nombrado magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pasando a percibir unos ingresos netos por tal concepto de prácticamente 6.000 € mensuales -en la fecha del auto de medidas provisionales, de 11 de julio de 2006, cobraba 5.943 ,31 € netos al mes-, es decir, casi 2.000 € más por nómina que la actora y más de 1.500 € más que en su anterior destino profesional. Las sumas que ambos progenitores perciben por su respectivo trabajo como Magistrada y como Magistrado del Tribunal Supremo, respectivamente, son las que hay que tener en cuenta, a falta de otros datos contables a partir del ejercicio del IRPF del año 2005, toda vez que, además de los pluses que puedan obtener por cursos, seminarios y conferencias que realicen, éstos, en realidad, no dejan de ser un variable, aparte de la nómina y que sólo se deben tener en cuenta y computarse si realmente se llevan a término dichas actividades, lo cual se ignora si es así en el momento actual.

3. Asimismo es de constatar que la madre -que tiene un plus de contribución por dedicación y cuidado diario de sus hijas-, cuando no puede atenderlas directamente, por sus obligaciones profesionales, tiene concertado un servicio de taxi que las lleva a las diversas actividades extraescolares que realizan, lo que viene a suponer un costo -según indica- de unos 12 € diarios, y ahora, en que ambas hijas ya no comen en el colegio, ni la mayor de ellas en un bar de confianza (vide. folio 115), sino en casa, ha contratado a una empleada del hogar, que les hace la comida, a quien le abona la cantidad de 600 € mensuales, más la cuota correspondiente de la Seguridad Social, que asciende a 138,86 € al mes (folios 311 al 314). También el padre tiene unos gastos propios de desplazamiento y de estancia en Madrid, pero como bien dice la Juez "a quo" en su sentencia, el coste del primero no siempre se ha de realizar por el medio de transporte más caro y en cuanto al segundo, tras haber presentado facturas de hotel en donde se hospedaba habitualmente, ahora ya tiene alquilada una vivienda en dicha capital, por la que paga la suma mensual de 1.000 €, según contrato aportado a los autos (folios 136 al 139), que no consta registrado en la Cámara de Comercio, tal como recoge asimismo la Juzgadora de Instancia en la resolución apelada, y si bien en el trámite de apelación, al parecer, ha comprado muebles para dicha vivienda (folios 291 y 292) y ha ampliado el préstamo hipotecario de su piso de Barcelona -cuando tal ampliación no era estrictamente necesaria para la consecución del fin pretendido- (folio 293), es de significar que no puede olvidarse, ni desconocerse, que el deber de prestar alimentos a los hijos/as, según una consolidada y pacífica doctrina jurisprudencial, 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 progenitor no custodio.

4. En base a todo lo expuesto, el Tribunal, atendidas todas las circunstancias concurrentes en las actuaciones y singularmente que las actividades extraescolares no se consideran gastos extraordinarios a abonar por mitad entre ambos progenitores -cuando así lo venían haciendo hasta el dictado de la resolución recurrida (vide. folio 310)-, estima que, por el concepto de pensión alimenticia -art. 259 del C.F. - de las hijas de los litigantes a cargo de su padre, la cantidad realmente justa, equitativa, ponderada y adecuada a la regla de proporcionalidad establecida en el mentado artículo 267, 1 del Codi de Família, es de la de 1.560 € mensuales, o sea 780 € por hija -en vez de la de 1.200 € fijada por la Juzgadora, la de 2.400 € solicitada por la madre y la de 600 € primero, y ahora 700 €, ofrecida por el padre para ambas hijas-, y ello con efectos desde la sentencia de instancia, pues no puede desconocerse que por la apelación, un nuevo órgano jurisdiccional, distinto y superior del primero, con idéntico poder y amplitud de conocimiento que éste, adquiere competencia para volver a conocer las pretensiones deducidas oportunamente por las partes en litigio, esto es, se juzga de nuevo pero sobre idéntica solicitud, lo que evidencia que la finalidad propia y primordial de la apelación es, por tanto, meramente revisora de lo acordado por el órgano jurisdiccional "a quo", y, de ahí que, en caso de revocación de la resolución impugnada, como sucede en el supuesto objeto de examen, la declaración realizada surte sus efectos desde la fecha de aquélla, lo que determina, por tanto, la estimación parcial en tal concreto particular del recurso interpuesto por la demandante y la desestimación del formulado por el demandado.

5. A dicha cantidad, deberá añadirse, cual antes se ha relatado, la mitad de los gastos de las hijas que teniendo el carácter de extraordinarios, efectivamente, se produzcan.

QUINTO.- Consecuentemente con todo lo hasta aquí razonado, procede con estimación parcial de la apelación interpuesta por la madre actora y con desestimación de la impugnación formulada por el padre demandado, revocar sólo en parte la sentencia recurrida, en los extremos explicitados en las precedentes fundamentaciones jurídicas.

SEXTO.- En materia de costas procesales, las irrogadas en esta alzada, deberán ser impuestas al demandado, las dimanantes de su impugnación, al versar sólo acerca de la cuestión económica, ofrecer una cantidad realmente escasa para sus dos hijas atendida a su capacidad económica, y ser desestimada íntegramente su pretensión revocatoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398, 1. en relación con el 394, 1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ; y sin que proceda hacer una especial declaración sobre las costas que derivan de la apelación de la demandante, al haberse estimado parcialmente sus pedimentos y ello de conformidad con lo estatuido en el artículo 398, 2. de la propia Ley Procesal Civil EDL 2000/77463 .

FALLO

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a María Antonieta, y DESESTIMANDO la impugnación formulada por la representación de D. Roberto, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. Cincuenta y uno de Barcelona, en fecha cinco de diciembre de dos mil seis , debemos REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la mentada resolución, en los extremos relativos al régimen de visitas y a la pensión alimenticia de las hijas a cargo del padre, y así SE ACUERDA:

A) Establecer que el disfrute de las vacaciones escolares de Semana Santa de las hijas se llevará a cabo enteramente por uno u otro progenitor, de forma alterna, fijándose ya, salvo acuerdo expreso en otro sentido, que al padre le corresponderá tal período vacacional de las hijas íntegro en los años pares y a la madre en los años impares.

B) Aumentar la cuantía de la pensión alimenticia fijada a favor de las hijas comunes de los litigantes, Lorenza y María del Pilar, a cargo de su padre D. Roberto, a la suma de MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS (1.560 €) MENSUALES, o sea SETECIENTOS OCHENTA EUROS (780 €) por hija; con efectos desde la fecha de la sentencia apelada.

C) Puntualizar y precisar que el padre deberá sufragar asimismo el 50% de los gastos de dichas hijas 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 pudiese la madre solicitar el consentimiento de aquél.

CONFIRMÁNDOSE la resolución de instancia en los restantes pronunciamientos y efectos.

Todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada al demandado-impugnante, aunque sólo las dimanantes de su recurso, y sin que sea de hacer declaración alguna acerca de las derivadas de la apelación de la actora.

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: 08019370182008100216