



Roj: **SAP GI 158/2006 - ECLI: ES:APGI:2006:158**

Id Cendoj: **17079370012006100048**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2006**

Nº de Recurso: **585/2005**

Nº de Resolución: **101/2006**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN PRIMERA

GIRONA

APELACIÓN CIVIL.

Rollo nº: 585/2005

Autos: modificación medidas definitivas nº: 437/2005

Juzgado Primera Instancia 4 Girona (ant.CI-4)

SENTENCIA Nº 101/06

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don José Isidro Rey Huidobro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veintiuno de marzo de dos mil seis

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 585/2005, en el que ha sido parte apelante Dña. Inmaculada , representada esta por la Procuradora Dña. CARME PEIX ESPÍGOL, y dirigida por el Letrado D. JOSEP VIELLA MASSEGÚ; y como parte apelada D. Inocencio , representada por el Procurador D. LLUÍS MARTÍNEZ FERRER, y dirigida por el Letrado D. JOAQUIM GARRIGOLES CLOTA; siendo también parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 4 Girona (ant.CI-4, en los autos nº 437/2005 , seguidos a instancias de D. Inocencio , representado por el Procurador D. LLUÍS MARTÍNEZ FERRER y bajo la dirección del Letrado D. JOAQUIM GARRIGOLES CLOTA, contra Dña. Inmaculada , representada por la Procuradora Dña. CARME PEIX ESPÍGOL, bajo la dirección del Letrado D. JOSEP VIELLA MASSEGÚ, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Estimando como estimo la demanda presentada por la representación procesal de Inocencio contra Inmaculada , debo acordar acuerdo la modificación de las medidas de Divorcio acordadas en sentencia de fecha 11 de enero de 1994, en los siguientes extremos: 1.- El Sr. Inocencio ostentará la guarda y custodia de su hijo menor Paulino , manteniéndose la patria potestad compartida. El menor, atendida su edad, comunicará con su madre en la forma en que ellos libremente convengan. 2.- La Sra. Inmaculada vendrá obligada a abonar para cada uno de sus hijos, Gregorio y Paulino



, una pensión mensual que ascenderá a 515 euros al mes, cantidad esta que habrá de abonar por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que será anualmente actualizada para ajustarse a las variaciones del IPC, sin necesidad de previa notificación por parte del esposo. cesará así la obligación de pago en su día acordada a cargo del Sr. Inocencio . 3.- se deja sin efecto la atribución del domicilio que fuera familiar para uso de la esposa y los hijos del matrimonio. Condeno a la demandada al pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 15/7/2005 , se recurrió en apelación por la parte demandada Dña. Inmaculada , por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por DÑA. Inmaculada contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Girona de 15 de julio del 2005 , en la cual se modificaron las medidas del divorcio acordadas en la sentencia de 11 de enero de 1994 , dictada por dicho Juzgado, acordándose que el hijo menor quedaría bajo la guarda y custodia del padre, estableciéndose la correspondiente pensión alimenticia a cargo de la madre e imponiendo también una pensión a cargo de la madre y a favor del hijo mayor de edad.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se insiste en la falta de legitimación del padre para solicitar una pensión a favor del hijo y con cargo a la madre, dado que no convive con el padre, al hacerlo en la localidad de Barcelona, donde se encuentra realizando la carrera de Derecho.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril del 2.000 , que es conocida por la propia parte recurrente dado que la cita, estableció lo siguiente: "Consiguientemente, el progenitor que de facto está asumiendo la carga familiar que representan los hijos mayores -en la situación determinada- tiene un derecho propio a exigir del otro la contribución que le corresponda en ese régimen de corresponsabilidad impuesto en el art. 93. Actúa de "iure proprio", si bien interés de los hijos, y en esa calidad o condición recibirá la pensión que administra como mantenedora del hogar familiar en cuyo seno permanecen los hijos mayores. En ese sentido, son equiparables los alimentos que se señalan para los menores que los que fijan para los mayores a cargo. Si la reclamación para los primeros no se hace separadamente en el proceso por alimentos sino como derecho a exigir del otro progenitor su aportación o contribución a una obligación directamente derivada de la patria potestad, la reclamación para los segundos debe seguir el mismo régimen procesal conforme a la razón finalística a que obedece el precepto. El progenitor a cargo ejercita una acción en interés propio, pero en beneficio de los hijos, no actúa como gestor de negocios ajenos, ni precisa autorización o apoderamiento, de hecho subyacente por la circunstancia de la permanencia voluntaria del hijo mayor en el hogar familiar. Configurados los alimentos como contribución a establecer en el proceso matrimonial, en definitiva como una carga familiar que debe ser repartida entre ambos cónyuges, el progenitor a cargo ejercita una acción propia, aunque de ella derive el beneficio para los hijos. Así entendido el art. 93, párrafo 2º se respeta el carácter personalísimo de los procesos matrimoniales regulados en la ley 30/1981 , caracterizado por la ausencia de publicidad y la limitación de la legitimación activa y pasiva a los cónyuges. Introducir a terceros, condición que tendrían los hijos, como señaló el Tribunal Constitucional (ATC 177/1984, de 21 de marzo), no solamente afectaría a la estructura del proceso sino que daría lugar a situaciones procesalmente irregulares, algunas de ellas derivadas del carácter mancomunado de la obligación alimenticia de los padres para con sus hijos, que obligaría a la formulación de una demanda conjunta contra los padres (STS 12 de abril de 1994). La no intervención del hijo, por otra parte solamente posible en tanto asumiese la condición de parte actora, no vulneraría su derecho a la tutela judicial en cuanto que se parte de una situación voluntariamente aceptada, como es el de estar a cargo de su progenitor, que puede abandonar en todo momento, quedando entonces expedita la vía procesal del proceso por alimentos."

Como vemos, el Tribunal Supremo se refiere en todo momento a que los hijos mayores estén a cargo del progenitor, por ello, la interpretación que debe hacerse del término de convivencia debe ser en un sentido amplio, entendiendo por tal, cuando un hijo mayor está a cargo económicamente de sus progenitores, aunque no conviva diariamente con ellos, siendo muy común que los hijos, por razón de sus estudios, se trasladen a vivir a otra localidad, sin que por ello se produzca la desaparición del criterio de la convivencia. Y a sensu contrario, no se daría el presupuesto legal, si a pesar de convivir con un progenitor, el hijo mayor no depende de él.



TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se impugna el importe de la pensión alimenticia, que en la sentencia se fija en 515 euros por cada uno de los hijos y que era la pensión que el padre pagaba cuando los hijos se encontraban a cargo de la madre.

La sentencia, al momento de fijar la pensión a satisfacer por parte de la madre y a favor de los hijos, señala cuales son los recursos de la Sra. Inmaculada, razona que ha existido un intento de ocultamiento y que la cantidad correcta a satisfacer no es otra que la que el padre pagaba de acuerdo con las sentencias de separación y divorcio. Sin embargo, tales razonamientos son insuficientes para fijar el importe de una pensión alimenticia, pues la misma debe efectuarse en atención a las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante. Y dado que son dos los alimentantes, deberá fijarse la pensión a favor de los hijos en proporción a los recursos de ambos, no sin antes decir que, si bien, se computa como alimentos las atenciones que presta el progenitor que tiene a su cargo la guarda y custodia, en el presente caso, teniendo en cuenta que Gregorio es mayor de edad y reside en Barcelona, las atenciones que el padre le presta lógicamente son nulas o insignificantes, y respecto de Paulino, aunque reside en el domicilio paterno, teniendo en cuenta que tiene diecisiete años, es claro que tampoco precisa de especiales atenciones como las que precisa un niño más pequeño. Por lo tanto, a la hora de fijar la pensión a favor de los hijos deberá, primero tenerse en cuenta cuales son sus necesidades y después establecer la pensión a cargo de los progenitores y en proporción a sus recursos, sin necesidad de concretar el importe exacto que debe satisfacer el padre al estar los hijos a su cargo.

Pocas pruebas se han practicado al respecto, constando únicamente acreditado que Gregorio estudia Derecho en Barcelona residiendo en dicha localidad. Dice el demandante en la demanda que los gastos de Gregorio ascienden a unos 300,00 euros mensuales por gastos de vivienda, agua, luz y gas, cantidad más que dudosa, pues el piso en el que reside es propiedad del Sr. Inocencio; a ello debe añadirse otros 250,00/300,00 euros mensuales de comida y viajes, más gastos de vestido, ocio e inglés, que no concreta y, por último, alega que paga una matrícula de 400,00 euros y otra cantidad igual por gastos de libros. Aunque no aporta ninguna prueba documental de dichos gastos, lo cierto es que se ha aceptado que Gregorio reside entre semana en Barcelona por razón de sus estudios, por lo que podrían aceptarse más o menos los gastos señalados. Prorrateando los gastos de matrícula y libros podrían fijarse los gastos mensuales de Gregorio en unos 700,00 euros mensuales, por lo que de aceptarse la pensión fijada en la sentencia sería tanto como que la madre debería sufragar un coste superior al padre respecto de los alimentos del hijo.

Respecto del hijo Paulino, el actor nada alega respecto de sus necesidades y, menos aun, nada prueba, y en la sentencia ninguna referencia se hace respecto de ello. La demandada aportó un recibo del Colegio "La Salle" por importe de 238,00 euros, por lo que tal es la cantidad que debe suponerse que paga por los estudios. Además, teniendo en cuenta que vive en casa de su padre, lógicamente sus necesidades no son como las de Gregorio, por lo que, por otros gastos de alimentación, vestido, ocio y otras actividades que no se aprecia que sean importantes, vistos los recibos que aporta la demandada, es procedente calcular que las necesidades de Paulino podrían ascender a unos 600,00 euros mensuales, lo cual supone apreciar, prima facie, excesiva la cantidad fijada a cargo de la madre.

En cuanto a las posibilidades de ambos progenitores, se aprecia que la sentencia únicamente se refiere a la capacidad patrimonial de la Sra. Inmaculada, para relatar cual es su patrimonio y para afirmar que ha habido un intento de ocultamiento del mismo, sin embargo, no se aprecia que ello sea exactamente así, pues al ser interrogada, contestó a todo lo que se le preguntaba y manifestó cual era su patrimonio. Otra cosa podría ser la valoración que pueda hacerse sobre su capacidad económica. Solamente consta que tiene un salario de unos 1.200 euros, más otros 450 euros de un alquiler, respecto de otros ingresos, la Sra. Inmaculada niega que los perciba, lo cual es una mera manifestación no debidamente acreditada, aunque tampoco consta que por ello reciba ingresos importantes.

En cuanto a las posibilidades económicas del Sr. Inocencio, que también deben valorarse, el actor nada dice en su demanda, ni tampoco la sentencia se refiere a ello. Debe señalarse que cuando los hijos estaban a cargo de la madre, entregaba 515 euros de pensión alimenticia por cada hijo, de lo cual se desprende que proporcionalmente contribuía en una cantidad muy superior a la que tenía que satisfacer la Sra. Inmaculada. En la sentencia de separación, dictada el día 30 de enero de 1991 ya se fijó una pensión a cargo del padre de 120.000 pesetas, declarándose que en dicho momento percibía la cantidad de 500.000 pesetas, valorándose que la esposa, además de sus ingresos en el Institut d'Urologia de Girona, percibía otros del Institut Català de la Salut, ingresos que no consta que en la actualidad perciba y también se declara que prestaba otros servicios en la Clínica Girona por cuenta de dicho centro médico. Por lo tanto, aparentemente, percibía ingresos líquidos superiores a los que en la actualidad percibe y, a pesar de ello, se fija una pensión de 120.000 pesetas. En la sentencia de divorcio, en la cual, el Sr. Inocencio pretendía una reducción de la pensión, se desestima la misma, se aprecia que la madre se encuentra ante la posibilidad de pérdida de empleo y que el patrimonio del Sr. Inocencio es superior al de la Sra. Inmaculada.



En definitiva, aunque las posibilidades económicas de la Sra. Inmaculada sean superiores a las que pretende hacer creer, lo cierto es que las del Sr. Inocencio son superiores a las de aquella, incluso teniendo en cuenta que tiene otros dos hijos a su cargo, por lo que, teniendo en cuenta la edad y la situación de sus hijos, los cuales no le producen especial carga personal, es procedente valorar que él debe contribuir en una proporción superior a los alimentos de los hijos, por lo que si Gregorio tiene unos gastos de unos 700,00 euros, se estima que 450,00 debe sufragarlos el padre y 2500,00 la madre, y respecto de Paulino, calculando unos gastos de 600,00 euros mensuales, procede que el padre contribuya con 400,00 euros y la madre con 200,00 euros.

CUARTO.- De conformidad con los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias, al no ser estimada íntegramente la demanda y ser de orden público los intereses discutidos.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que debemos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por Dña. Inmaculada contra la sentencia dictada por el Juzgado de instancia 4 de Girona, en los autos de Modificación de medidas definitivas 437/05, con fecha 15/7/2005.

Debemos REVOCAR la misma en el sentido de rebajar la pensión que la Sra. Inmaculada debe satisfacer para sus hijos en 250,00 euros mensuales a favor de Gregorio y en 200,00 euros mensuales a favor de Paulino, que entregará en la cuenta que el Sr. Inocencio designe.

No procede pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.