



Roj: **SAP B 240/2015 - ECLI:ES:APB:2015:240**

Id Cendoj: **08019370122015100032**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **27/01/2015**

Nº de Recurso: **987/2014**

Nº de Resolución: **43/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL CAMARA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

**BARCELONA**

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº **987/2014-A**

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 ARENYS DE MAR

DIVORCIO ( ART.770 - 773 LEC ) NÚM.49/2013

**SENTENCIA Nº 43/2015**

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

DON JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DOÑA ISABEL CAMARA MARTINEZ

En la ciudad de Barcelona, a veintisiete de enero de dos mil quince

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso ( art.770 - 773 Lec ), número 49/2013 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 6 Arenys de Mar, a instancia de Dña. Coral , representada por el procurador D. RUBEN VILLEN ROCA y dirigido por el letrado D.IGNACIO RUEDA DIAZ DE RABAGO , contra D. Balbino , representado por la procuradora Dña. Esther Pórtulas Comalat y dirigido por el letrado D. ALBERTO LLOBERA MULLER; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la impugnación del MINISTERIO FISCAL, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 24 de Abril de 2014, , por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: " Debo acordar la disolución del matrimonio contraído por Coral y Balbino , en Badalona el 26.11.1994 cesando la presunción de convivencia , quedando revocados los consentimientos y poderes que los cónyuges hubieran podido otorgarse y la posibilidad de vincular bienes al levantamiento de las cargas familiares y

2.- Atribuyo a la esposa , la guarda y custodia de los hijos, manteniendo compartida en ambos progenitores la patria potestad.

3.- Se fija a favor del padre el siguiente régimen de visitas:



El padre tendrá en su compañía a sus hijos, Cecilio y Joaquín, los fines de semana alternos de cada mes, debiendo recoger a los menores el viernes en el domicilio materno, a través de persona interpuesta en el supuesto de hallarse vigente pena de prohibición de acercamiento con la progenitora materna, y reintegrarlos al domicilio materno del mismo modo el domingo a las 21.00 horas.

En el caso de que el día inmediatamente anterior o posterior al fin de semana sea festivo, quedará el fin de semana prorrogado, incluyéndose tal día dentro del régimen de visitas y efectuándose las entregas y recogidas de idéntica manera mientras esté vigente pena de alejamiento respecto de la progenitora materna.

Este régimen se sustituirá, sin derecho a recuperación, por el inicio de los periodos vacacionales, que se distribuirán del siguiente modo;

a.-En las vacaciones de verano se establecen cuatro periodos alternativos que abarcan, respectivamente, de las 10.00 horas del 1 de julio hasta las 10.00 horas del 15 de julio; desde las 10.00 horas del 15 de julio hasta las 10.00 horas del 1 de Agosto; del día 1 de agosto a las 10.00 horas hasta las 10.00 horas del 15 de agosto; y desde las 10.00 hora del 15 de agosto hasta las 10.00 horas del día 1 de septiembre; correspondiendo al padre los primeros periodos alternativos los años pares y a la madre los años impares, debiendo aquél recoger y reintegrar a los menores en el domicilio materno, a través de persona interpuesta en el supuesto de hallarse vigente pena de prohibición de acercamiento con la progenitora materna.

b. En las vacaciones de Navidad tendrá derecho a recoger a los dos hijos comunes, Cecilio y Joaquín, en el domicilio materno, a través de, persona interpuesta mientras ESTE vigente pena de alejamiento respecto de la progenitora materna, a las 20.00 horas del primer sábado de las vacaciones escolares hasta las 20.00 horas del día 31 de diciembre, cuando serán reintegrados en el domicilio materno del mismo modo mientras persista pena de alejamiento. El segundo periodo abarcará desde las 20.00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20.90 horas del ultimo día festivo, correspondiendo al padre el primer periodo los años pares y a la madre los impares, efectuando aquel las entregas y recogidas de idéntica manera mientras esté vigente pena de alejamiento respecto de la progenitora materna.

c. En las vacaciones de Semana Santa se establecen dos periodos, siendo el primero desde las 20.00 horas del primer día festivo escolar hasta el Miércoles Santo a las 20.00 horas, y el segundo desde las 20.00 horas del Miércoles Santo hasta el Lunes de Pascua a las 20.00 horas, correspondiendo al padre el primer periodo los años pares y a la madre los impares, recogiendo y reintegrando a sus hijos del modo indicado en el párrafo anterior en el domicilio materno y realizando las entregas y recogidas de idéntica manera mientras ESTE deberá vigente pena de alejamiento respecto de la progenitora materna.

La contribución del padre a los alimentos de los menores se fija en la cantidad de 400 € ( 200 € por cada uno de ellos), cantidad que deba abonar en la cuenta que la esposa designe a tal efecto, los diarevalorizarás 1 a 5 de cada mes. , Que dicha cantidad se revalorizara anualmente de acuerdo con el IPC que establece el INE a tal efecto en el mes de mayo.

5.- Atribuyo a los hijos junto con la madre el uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en Palafolls, CALLE000 , NUM000 , NUM001 .

6.- El esposo deberá abonar durante un periodo tres meses la cantidad de 100 € mensuales en concepto de prestación compensatoria en favor de la esposa cantidad que deba abonar en la cuenta que la esposa designe a tal efecto, los diadeberás 1 a 5 de cada mes y deberá abonarse a partir del mes de mayo de 2014.

7.- Se acuerda la división de la vivienda familiar sita en Palafolls, CALLE000 , NUM000 , piso NUM001 , la cual se llevara a cabo de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC , y según lo establecido en la Disposición Adicional tercera del CCCat .

8.- Sin costas"

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante mediante su escrito motivado; se dió traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 15 de Enero de 2015.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> ISABEL CAMARA MARTINEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo los que sean sustituidos por los de la presente resolución.

**PRIMERO.**- La sentencia dictada en primera instancia ha decretado el divorcio de los litigantes por solicitud de la esposa y ha establecido las medidas reguladoras de los efectos que han quedado transcritas en la parte dispositiva.

La parte demandante formula recurso de apelación mediante el que impugna tres pronunciamientos del fallo de la resolución .

En concreto se refieren a la cuantía de la contribución a los alimentos de los hijos comunes Cecilio ( nacido el NUM002 .1997) y Joaquín (nacido el NUM003 .2005)

Impugna asimismo la cuantía y duración de la prestación compensatoria a favor de D<sup>a</sup> Coral

Finalmente la distribución del pago de los gastos extraordinarios interesando que el demandado asuma el 75%

La parte demandada se opone al recurso.

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO.**- La primera cuestión que se combate es la relativa a la pensión de alimentos de los hijos comunes, Cecilio (nacido el NUM002 .1997) y Joaquín (nacido el NUM003 .2005).

La sentencia apelada fija la contribución paterna a los alimentos en 200 euros mensuales para cada uno de los hijos menores y establece también el pago por mitad de los gastos extraordinarios , como concepto integrado dentro de las necesidades de sustento y educación de los hijos, previo consentimiento y acreditación salvo en los casos de urgencia

La Sra. Coral discrepa de la cuantía establecida y razona su discrepancia fundamentalmente indicando que en el auto de medidas provisionales se fijó en 300 euros mensuales por cada hijo y añadiendo que en sede del presente procedimiento el SR Balbino no ha acreditado que su capacidad económica no le permita asumir el citado importe.

A juicio del recurrente el Auto de medidas referido recogía unas cantidades que, siendo inferiores a las solicitadas, entrarían dentro de parámetros razonables teniendo en cuenta las necesidades de los menores y los ingresos de cada uno de los progenitores.

En tal sentido arguye que si bien al tiempo del dictado de la sentencia las circunstancias económicas del Sr. Balbino habían cambiado, ello no es óbice para seguir pagando dicha prestación alimenticia, respondiendo ese cambio a una situación buscada de propósito y que le ha llevado a realizar las siguientes iniciativas:

1º.- Cesa en su relación laboral el día 15 de abril de 2.014 (la vista del juicio de divorcio estaba señalada para el día 24 del mismo mes) aportando en el acto del juicio una carta de la empresa en la que prestaba sus servicios en la que se le comunica nada menos que un despido disciplinario por simple hecho de haberse quedado dormido al volante (su profesión era la de transportista), aceptando como finiquito la cantidad de 470,93 euros.

2º Concierta un préstamo personal, según afirmó en la vista por su letrado, hacer frente a determinados descubiertos bancarios, por el que paga como cuota mensual de devolución. la suma de 200 euros.

3º.- Suscribe en fecha 1 de marzo de 2.014 un contrato de arrendamiento con una renta mensual de 450 euros en una vivienda sita en Malgrat de Mar, que pertenece a un familiar (el arrendador Aureliano es al parecer hijo de una prima hermana de su madre), domicilio en el que no reside, ya que la realidad es que el señor Balbino esta conviviendo desde hace meses con Custodia , su nueva pareja, en la vivienda que esta señora y sus dos hijos procedentes de una relación anterior venian ocupando en la localidad de Torredembarra.

Entiende así que "suscribe" con toda intención, ya que el fin de este contrato no es otro que el de crear la apariencia de que ha de hacerse cargo de un nuevo gasto incrementando así el pasivo de forma falaz, toda vez que el señor Balbino no ocupa dicha vivienda. Intenta hacer creer que asumirá el pago total de la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar y que asciende a 404 euros mensuales, y así en efecto lo hace durante la tramitación del proceso en su primera instancia hasta que dictada la sentencia deja de hacerlo, permaneciendo en la actualidad impagado el recibo correspondiente al mes de mayo y habiendo manifestado que no piensa pagar ni una cuota mas.

Insiste en que la reducción de ingresos por cese de la actividad laboral queda neutralizada por dos hechos que la juzgadora omite:a) En primer lugar, porque, la prestación de 426 euros que percibía su defendida dejó de tener efecto el mes de abril de 2.014, con lo cual al día de hoy la señora Coral carece de fuente de ingresos, y b), porque si nos atenemos a lo alegado por el demandado en su escrito de contestación, concretamente en el



Hecho Sexto, los gastos del señor Balbino se habrían reducido también, como consecuencia del cese en su actividad laboral, en unos 700 euros (600 de gasoil y 100 de peaje), sin contar con que, como esta parte acreditó documentalmente en la vista del divorcio, tampoco paga ya el gimnasio de sus hijo (lo paga la madre) y ahora desde mayo la hipoteca de la vivienda. Por tanto, siendo cierto que se han reducido sus ingresos mensuales en unos 700 euros en idéntica» cuantía o mas se han visto reducidos los gastos que invocó en su día.

La cuantía de la pensión establecida en sede de Medidas provisionales es ciertamente un indicador de la posibilidad de asumir un determinado importe, sin embargo no puede prescindirse a la hora de efectuar la necesaria valoración probatoria que cualquier pronunciamiento exige, que por la propia naturaleza del momento procesal en el que fue adoptado es provisional.

No puede desconocerse que en aquel momento acababa de producirse la ruptura y que durante el curso del procedimiento, y antes de la celebración del Juicio, hay una variación sustancial, cual es, la pérdida de trabajo del Sr. Balbino, que se recoge de forma correcta en la Sentencia, concluyéndose que, si bien en el momento en que se celebraron las medidas venía percibiendo la cantidad de 1.600 € por sus servicios en la mercantil Almacenaje y Manipulado y Fercha, S.L. con categoría de conductor en la que percibía un salario mensual de 1.600 euros, y que complementaba dichos emolumentos con la percepción de una pensión de la Seguridad Social por importe mensual de 602,61 euros; en la actualidad tiene unos ingresos de 1500 euros que derivan de su prestación por desempleo (900 euros) al quedar acreditado que con fecha 15.04.2014 cesó en su relación laboral por despido disciplinario, a los que se le suman los 602,61 euros por la citada pensión de la SS. De dichos ingresos debe abonar el importe de 450 € en concepto de arrendamiento y se encuentra abonando la cantidad de 404,94 euros en concepto de cuota hipotecaria Asimismo se acredita que abona en concepto de préstamo la cantidad de 200 €. De sus ingresos de 1.600 €, deben, por tanto detraerse 1.054,94 € en concepto de los gastos anteriormente relacionados, así como la cantidad correspondientes a agua, luz, teléfono, comida y transporte.

De otro lado se tiene en consideración, en cuanto a la capacidad económica de la recurrente, que cuenta con cuarenta y cuatro años de edad, y carece de ingresos derivados del trabajo, habiendo extinguido la ayuda que percibía como renta de reinserción de 426 € por parte del INEM, Ha venido realizando trabajos temporales en el ámbito de servicios de hostelería; y tiene reconocido un grado de discapacidad del 43% por limitaciones articulares en mano y columna.

En cuanto a los gastos de los dos menores se ha acreditado que Cecilio cursa su formación en grado medio en centro publico, cuyo coste anual de matrícula, seguro escolar y AMPA asciende a la suma de 202,12 euros añadiendo la cantidad trimestral de 290 euros en concepto de transporte ferroviario, realizando además como actividad extraescolar gimnasia, siendo su importe mensual de 28 euros

Joaquín asiste a un colegio público sin que se haya acreditado la cuantía a que asciende el coste de seguro escolar y actividades complementarias, si el de libros y materia escolar por cuantía anual de 240 euros, sin que utilice el servicio de comedor ni realice actividades extraordinarias; no habiéndose probado que los dos hijos habidos en el matrimonio requieran extraordinarios cuidados de salud no cubiertos por la Seguridad Social, a excepción del menor Joaquín al precisar del uso de gafas.

Entendemos que la prueba practicada es coherente con los datos y conclusiones a los que llega la Juzgadora, a la hora de ponderar la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia 9 según los artículos 237-1, 237-2.1, 237-7 y 237-9 CCCat, conforme " La cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos"; y que lo que trata la parte recurrente es introducir hechos nuevos no alegados en el acto del Juicio, y que en su caso serían propios de una modificación de medidas por cambio de circunstancias, tendentes a acreditar un cambio permanente del domicilio del demandado y una reducción de gastos. Se está, por tanto. en el caso de mantener la cuota establecida en concepto de pensión alimenticia a cargo del padre no custodio que ha de satisfacer la cantidad de 200 euros mensuales a favor de cada uno de sus dos hijos (400 euros globales).

Queda abordar la cuestión relativa a la distribución de los gastos extraordinarios que se han acordado en la sentencia por mitad, y que tampoco es compartida

La juzgadora, según el parecer de la recurrente, ha acogido un criterio de automatismo tan extendido como erróneo de no atender a la capacidad económica de los alimentantes para subvenir a la obligación del pago de los gastos extraordinarios de los hijos comunes.

Entiende la parte más acorde con los principios que presiden la institución del derecho de alimentos que el padre se haga cargo del 75% de los mismos y la madre del resto, toda vez que esta en el mejor de los casos y hasta que no acceda al mercado laboral solo percibirá la prestación compensatoria.



La sentencia apelada recoge de forma inexacta, el criterio reiterado que viene expresando este Tribunal, lo que determina que en interés de los dos hijos comunes menores de edad deban ser definidos.

Los gastos extraordinarios deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso. Ello no es óbice para que, por prudencia y si las circunstancias lo permiten, quien los paga o pretenda pagar pueda recabar esa conformidad a priori, para evitar que en el incidente del artículo 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) o en el de oposición a la ejecución pueda resolverse en contra de la condición de necesarios y por ende extraordinarios. Solo los gastos no necesarios, como los extraescolares (realizados fuera de la escuela o en ella pero fuera del horario escolar y de forma totalmente optativa y libre) requieren ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial. Finalmente, los gastos escolares (incluidos libros, material, salidas programadas, etc.) son ordinarios y están incluidos en la pensión.

**TERCERO** .- En cuanto a la prestación compensatoria, se ha de estar a los términos previstos en el artículo 233-15 del CCCat, "La autoridad judicial, para fijar la cuantía y duración de la prestación compensatoria, debe valorar especialmente: a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial.; b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes. La duración de la convivencia ( en este caso 20 años) e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede."

En nuestro caso, ha sido cifrada en 100 euros durante tres meses; el esposo consiente este pronunciamiento, y la esposa lo reitera interesando que quede constreñida en 180 euros. La discrepancia, radica en consecuencia en la cuantía fijada en la sentencia como prestación compensatoria (100 euros no le parece una cantidad suficiente, incluso teniendo en cuenta el importe de la pensiones alimenticias para los hijos que se solicitan). Y lo mismo debe predicarse respecto a la extensión temporal de tres meses sorprendentemente exigua.

Entiende la esposa demandante que se cumplen los parámetros, tanto legales como jurisprudenciales, que conducen a la procedencia de la prestación y que se ofrecen en el presente supuesto de forma inequívoca e incluso han sido reconocidos por el esposo demandado que tanto en sede de medidas provisionales como en la vista del proceso principal declaró, o no contradujo al menos, que la madre dejó de trabajar el año 2.006 para dedicarse al cuidado de los hijos, y siempre ha desempeñado prácticamente en exclusiva las tareas domésticas. Asimismo no se discute el desequilibrio creado a partir de la ruptura, tanto en las posiciones de los cónyuges entre si como en la comparativa de situaciones, antes y después del divorcio. Tampoco son desdeñables en este sentido la acreditada dificultad para acceder a un empleo y la duración del matrimonio (20 años).

Dicho esto, entendemos que ha de ser acogida la pretensión siquiera en cuanto a la duración que debe extenderse a cinco años por cuanto se ha justificado que la separación le ha producido un desequilibrio económico, lo que ha de quedar conjugado, con el dato incontrovertido de la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a la recurrente, que implica un beneficio indirecto computable a efectos de compensación de conformidad con lo que dispone en el párrafo 7º del artículo 233-20 del CCCat.

**CUARTO**.- De conformidad con lo que establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la estimación parcial del recurso contra la resolución de instancia implica la no especial declaración sobre las costas de la alzada.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que, debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Coral (parte demandante) y la IMPUGNACIÓN del MINISTERIO FISCAL, contra la Sentencia de fecha 24.04.2014 del Juzgado de INSTRUCCIÓN Nº 6 DE ARENYS DE MAR, sobre DIVORCIO (proceso nº **987/2014**), en el que ha sido parte apelada (y demandada en la primera instancia) D. Balbino con intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses de los menores, que impugnó el recurso, por lo que se **REVOCA LA RESOLUCIÓN** en el sentido de que la pensión compensatoria queda establecida en los siguientes términos que El esposo deberá abonar durante un periodo cinco años la cantidad de 100 € mensuales en concepto de prestación





compensatoria en favor de la esposa cantidad que deba abonar en la cuenta que la esposa designe a tal efecto, los días 1 a 5 de cada mes y deba abonarse a partir del mes de mayo de 2014.

En cuanto a los gastos extraordinarios, entendidos como necesarios de los dos hijos menores comunes, Cecilio y Joaquín, serán sufragados por mitad, y sólo los gastos no necesarios (realizados fuera del horario lectivo y de forma optativa y libre), requerirán de acuerdo previo, que deberá incluir la proporción de pago.

Se confirma en lo demás todos sus pronunciamientos, sin hacer especial de las costas de la apelación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CERES