

2. Familia

PONDERACIÓN DE LOS INGRESOS DE LA PAREJA SENTIMENTAL DEL OBLIGADO A PRESTAR ALIMENTOS A EFECTOS DE FIJAR LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 85 del Código Civil dispone que el matrimonio se disuelve por el divorcio, y conforme a lo establecido en la Ley 15/05 se ha dejado sin contenido el artículo 86 del Código Civil en cuanto a las causas de divorcio, quedando patente que entre los litigantes se ha producido una ruptura y un deterioro de la convivencia marital.

Es sabido que el artículo 90 A) del Código Civil en conexión con los artículos 154 y 92 de ese texto legal, y los correspondientes del Codi de Família señalan que la separación no exime a los padres de los deberes para con los hijos.

En este caso la madre solicita la guarda y custodia y el padre solicita la custodia compartida. El Ministerio Fiscal no considera adecuada la custodia compartida interesada y estima que el régimen de guarda y custodia que fue establecido de común acuerdo por las partes y que dio lugar a la sentencia de separación del año 2004 debe ser mantenido, concediendo la guarda y custodia a la madre.

Recordemos que la reforma del Código Civil, llevada a cabo por medio de la Ley 15/05, de 8 de julio, permite acordar la guarda y custodia compartida para ambos progenitores, pero no debe obviarse que el establecimiento de un régimen de tales características implica una valoración prudente y cautelosa de la afección que dicho sistema puede producir en el desarrollo e interés del menor, inclusive con mayor énfasis, superando las habituales medidas tuitivas que se adoptan en este tipo de procedimientos, para poder preservar y cumplimentar los principios y fundamentos del respeto hacia el beneficio del menor afectado por la medida, conforme al artículo 3 de la LO 1196 de 15 de enero, de protección del menor; el artículo 39.2 de la Constitución Española, y el Convenio para la protección de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que debe ser el interés prioritario y preponderante, «debiendo dejar al margen la concesión de uno u otro régimen instado por cada progenitor, en atención a intereses partidarios y como medio para infligir en la parte contraria un efecto vindicativo e inicuo, consecuencia de las discrepancias y diferencias surgidas entre ellos, derivado de la ruptura de la relación de pareja.

(1) Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Girona. Sentencia de 2 de junio de 2008, proc. 54/2008. Ponente: PEINADO DOMÍNGUEZ, Carlos. Número de sentencia: 108/2008. Número de recurso: 54/2008. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, número 6991, Sección: La Sentencia del día, de 17 de julio de 2008, año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 61667/2008.

En el presente supuesto, de la valoración conjunta de los medios de prueba se constata que la relación actual de los progenitores no permite el establecimiento de la guarda y custodia compartida. Este régimen debe ser instaurado en supuestos en los que la permanencia durante un lapso de tiempo más o menos prolongado con uno y otro progenitor no influya negativamente en el menor, y no implique una constante situación de peregrinación en ambientes familiares dispares, con traslados de domicilio, costumbres, circunstancias y modos de vida que puedan provocar en el hijo/a, objeto de custodia, una sensación de inseguridad, una perpetua adaptación a las cambiantes condiciones de vida, y percepción en el menor de estar atravesando por una continua disputa personal entre sus padres.

En cuanto al *régimen de visitas*, debe relacionarse con el artículo 160 del Código Civil y los correspondientes del Codi de Família, considerando que el régimen de visitas es un derecho y un deber para los progenitores y que debe de responder a la protección del interés del menor, para que se configure su desarrollo de manera adecuada y acorde con las necesidades que el mismo requiere para una correcta evolución. Así lo han manifestado, entre otros, el Convenio para la protección de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

La SAP de Almería, de fecha 9 de marzo de 1998, ya establecía que el establecimiento de un régimen de visitas a favor del cónyuge que no conviva con el menor, tiene como función y finalidad fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos.

De la valoración conjunta de los medios de prueba que han sido aportados por las partes, se considera, en concordancia con el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, que debe mantenerse el mismo régimen que fue acordado en el Convenio Regulador de 2004 y que dio lugar a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Girona, número 4 de fecha 28 de mayo de 2004 (2).

(2) El régimen de visitas consiste en que el padre podrá visitar y tener en su compañía a la menor los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 19 horas que la devolverá al domicilio materno.

Asimismo, podrá visitar y tener en su compañía a la menor un día por semana desde la salida del colegio hasta la mañana del día siguiente que la dejará en el citado centro, pudiendo pernoctar la menor con el padre.

Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se le conceden por mitad a ambos padres, sin hacer mayores especificaciones, dejando a los mismos la posibilidad de llegar a acuerdos en esta materia en función de sus circunstancias, en caso de discrepancia entre los padres, los años pares elige la madre y los impares el padre.

Durante el período vacacional, el régimen de visitas para el progenitor que no le corresponda tener a la menor en su compañía será de fines de semana alternos desde el viernes a las 17,20 horas hasta las 19 horas del domingo. Dicho régimen quedará interrumpido si la menor se encuentra de viaje fuera del ámbito provincial.

En supuestos de enfermedad o accidente de la menor, el progenitor que tenga a la menor bajo su compañía en ese momento, lo deberá comunicar inmediatamente a la otra parte. Asimismo, en estos supuestos de enfermedad o accidente, el padre podrá visitar a la menor con toda libertad en el domicilio materno sin sujeción a horarios o visitas.

Ambos progenitores deben facilitar y no obstaculizar el cumplimiento de este régimen de visitas, y permitir la comunicación por cualquier medio.

II. PENSIÓN ALIMENTICIA

Esta norma dispone que el *criterio de proporcionalidad* ha de presidir la prestación alimenticia, teniendo en cuenta el caudal o medios del alimentante y las necesidades del alimentista. Su fundamento se encuentra en que no cabe obviar la situación económica del alimentante y no se le imponga una carga superior a los medios de que dispone, como tampoco debe omitirse la extensión de las necesidades vitales del alimentista.

No ha de olvidarse que la cuantía de los alimentos debe ser proporcionada al «caudal y medios», según la expresión del texto legal, del alimentante, *lo que hace mención al capital, rentas de éste, sueldos y salarios, productos de su trabajo e, incluso, a su capacidad económica*.

La doctrina jurisprudencial tiene declarado que, a efectos de determinación de los medios con que cuenta el obligado, no puede menos que incluirse los *sueldos, jornales o salarios* que gane, y los *ingresos proporcionales de los bienes que por cualquier título se hallen en su poder*. De otra, ha de ser proporcionada a las necesidades del alimentista, en el sentido amplio del concepto de alimentos, pero referidos a la persona misma del alimentista.

De la *Jurisprudencia* destacamos las siguientes reglas:

1. El Juez posee pleno arbitrio para determinar la cuantía de los alimentos, con sujeción únicamente al criterio de proporcionalidad (3).

(3) Vid. la STS de 21 de noviembre de 1986: «El motivo único del recurso en el que se denuncia la infracción del artículo 146 del Código Civil debe ser estimado por cuanto que, en base a los hechos probados relativos a las circunstancias del padre y de la madre litigantes, no existe la adecuada proporción entre el caudal y medios económicos de quien los da y las necesidades de quien los recibe (menor nacida el 12 de noviembre de 1979, que vive con la madre), estando acreditado en autos que, mientras ésta es funcionaria de tipo medio, el padre ostenta una titulación de grado superior universitario (médico de profesión) y un estatus económico «bastante elevado», en opinión de la Audiencia. Pese a ello, la sentencia recurrida, revocando parcialmente la de primera instancia, reduce y fija en 21.000 pesetas la cantidad mensual que el padre ha de abonar en concepto de alimentos a su hija, con alejamiento, en opinión de esta Sala, de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) y en detrimento del interés más digno de protección en todos estos litigios, cuales —sin duda— el interés supremo de los hijos, garantizando además inequívocamente en el artículo 39.3 CE que de forma expresa impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

«Ha de advertirse que, con carácter general, la determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal, al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal (SSTS de 2 de diciembre de 1970, 24 de marzo de 1976 y 16 de noviembre de 1978) que en este caso, el recurrente alega respecto a preceptos que rigen los alimentos entre parientes, desconociendo las peculiaridades de los debidos a los hijos menores de edad, que han quedado expuestas, por lo que sólo habrá de insistirse en la mayor amplitud de éstos, que conduce a afirmar que resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación, que valorará todas las circunstancias concurrentes, que es lo hecho acertadamente por la Sala de instancia. No se aprecia, por tanto, infracción de los preceptos invocados, pues ha de señalarse también que: a) Lo dispuesto en los artículos 146 y 147 sólo es aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad

2. La cuantía señalada por el Juzgador de instancia no es susceptible de ser discutida en casación, salvo que sea evidente la desproporción entre la suma fijada en conexión con los verdaderos recursos económicos del alimentante y las necesidades del alimentista (4).

(art. 154.1) con carácter indicativo y con las matizaciones que derivan de cuanto se lleva dicho; *b*) Lo propio acontece respecto al artículo 145, dado que ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 154 («Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre»), y 156, sobre ejercicio conjunto de la patria potestad, de donde se sigue que la madre también habrá de coadyuvar a la alimentación, educación y formación integral de los hijos, lo cual en este caso se cumple por doña S., con quien convive el hijo menor de edad, sin que sea convincente el argumento del señor O., en el sentido de que la suma fijada para la pensión es excesiva, atendiendo a que parte de los gastos debieran ser satisfechos por la madre, pues es indudable que así acontece y, no obstante, es necesaria la aportación paterna en la cuantía fijada; y *c*) El transcurso del tiempo, lejos de disminuir los gastos necesarios para dar cumplimiento al deber impuesto a los padres en el artículo 154.1, debe naturalmente aumentarlos, por lo que el mantenimiento de la cifra fijada en la sentencia —el hijo había nacido en 1984— resulta del todo razonable; no debe prosperar, por todo ello, el motivo examinado» (STS de 5 de octubre de 1993).

(4) «Para señalar la cuantía de los alimentos, o su aumento o disminución a las necesidades del alimentista y al caudal, medios o fortuna de quien los da; ya se ha declarado reiteradamente por esta Sala (SSTS de 20 de diciembre de 1934, 28 de junio y 21 de diciembre de 1951, entre otras) que la determinación de la cuantía de los alimentos es facultad exclusiva de la Sala de Instancia» (STS de 30 de diciembre de 1986).

«En consecuencia, de ordinario es necesario demandar conjuntamente a todos y cada uno de los alimentantes obligados, y cada uno de ellos sólo pagará la parte proporcional que le corresponda; esto no empece para que no sea obligatorio demandar al obligado que notoria y justificadamente no se encuentre en situación de contribuir, supuesto en el que la deuda se concentrará en los demás (SSTS de 20 de noviembre de 1929, 13 de abril de 1991 y 5 de junio de 1982). A esta necesidad de dirigirse contra todos los obligados hay que añadir la conveniencia: pues por lo que respecta al alimentista, dado el juego del artículo 146, le interesa que se sumen los caudales de todos los obligados, con lo que las posibilidades de quien los da es superior; y en cuanto a cada uno de los alimentantes, sólo siendo todos codemandados puede determinarse dentro del juicio los medios de fortuna de cada uno de ellos, a efectos del reparto proporcional que señala el artículo 145-1» (STS de 12 de abril de 1994).

«El motivo segundo del recurso —al amparo del art. 1692.4 LEC, transgresión del art. 146 CC—, igualmente se desestima porque, de un lado, como dispone el artículo 143 del último ordenamiento citado, la atribución de pensión alimenticia en favor de la niña D., es una secuela de la declaración de paternidad y, de otro, la entidad económica de la misma, según tiene declarada esta Sala en sentencia de 5 de octubre de 1993, entra en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y por consiguiente, no pueden ser objeto del recurso de casación» (STS de 3 de diciembre de 1996).

«Los motivos deben ser estimados porque en la resolución recurrida sólo uno de los factores a tomar en cuenta de conformidad con el artículo 146 del Código Civil, pues según este precepto la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe, y el juzgador de la segunda instancia (a diferencia del de la primera) se refiere exclusivamente a “la edad del menor y las necesidades normales que se presentan en tan pocos años” para reducir la suma concedida. Ello supone infracción del precepto mencionado (sentencia de 21 de noviembre de 1986), pero, además (aunque cupiese entender que implícitamente se han contem-

3. El criterio de proporcionalidad no ha de tenerse en cuenta respecto a la prestación alimenticia de los hermanos, que sólo abarca los «auxilios necesarios para la vida», los cuales deberán cubrir las necesidades mínimas del acreedor alimentario (5).
4. La cuantía de los alimentos se refiere sólo a la situación presente, y, por consiguiente, puede aumentarse o disminuirse proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del alimentante (art. 147 CC).
5. El lugar de la aportación de los alimentos será el domicilio del alimentante.

III. EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN NUESTRO SUPUESTO DE HECHO

En el supuesto de estudio, la dirección letrada de la parte actora solicita que se condene a la parte demandada a pagar una pensión mensual de TRES-CIENTOS EUROS (300 €) más los gastos extraordinarios. La parte demandada sostiene que la pensión que debe ser abonada es de CIENTO VEINTE EUROS (120 €) que es la que en la actualidad se abona. Por último, por parte del Ministerio Fiscal se manifestó en el informe oral presentado en el acto de la vista que la cantidad que debe ser abonada es de DOSCIENTOS CUARENTA EUROS (240 €) actualizables, que es la que se estableció en el Convenio de Mutuo Acuerdo que fue firmado por los litigantes y que dio lugar al dictado de la sentencia de separación de 28 de mayo de 2004. Así como la mitad de

plado ambos factores), es de significar que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial del supuesto de que se trata y por consiguiente resulta harto insatisfactoria la decisión recurrida, habida cuenta los datos tácticos que, obviamente, hay que entender asumidos, recogida en la resolución del juzgado. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (arts. 39.3 CE y 10 y 154.1 CC) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas, habida cuenta el vínculo de filiación y la edad. Por todo ello se acogen los motivos y se estima más adecuada al caso de autos la solución del juzgador de primera instancia, sin que obste que la determinación de la cuantía de los alimentos constituya, por regla general, una materia confiada al prudente arbitrio y función soberana del Tribunal de instancia, porque su decisión es revisable no sólo cuando hay un error en la valoración de la prueba, sino también cuando se produce una infracción legal» (STS de 16 de julio de 2002).

(5) «El tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC, no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados» (STS de 5 de octubre de 1993).

los gastos extraordinarios. Se recogen minuciosamente los ingresos del demandado (6) y los ingresos y gastos de la demandante (7).

Ambos progenitores deben realizar el esfuerzo de contribuir al bienestar de la hija menor de edad, y por ende, debe atenderse las capacidades económicas que los mismos poseen. Coincide este juzgador con el razonamiento que manifestó en el acto del juicio en vía de informe el Ministerio Fiscal, en lo que respecta al monto dinerario que debe constituir la pensión de alimentos en favor de la hija.

Este monto en la actualidad se estaba materializando en unos 120 euros mensuales, habiendo acordado de mutuo consenso las partes litigantes en el momento de firmar el Convenio Regulador de la Separación que permitió el dictado de la sentencia de fecha 28 de mayo de 2008 que la misma se establecía en 240 euros al mes. Esta cantidad se consideró adecuada para las necesidades de la menor y la capacidad económica del obligado a prestarla, y no se considera que se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias concurrentes que permita alterar lo que se fijó en el procedimiento de

(6) De la valoración conjunta de los medios de prueba que se han apartado a las actuaciones, se constata que el demandado obtiene unos ingresos mensuales de MIL EUROS (1.000) que tras la deducción del 7 por 100 y los embargos que le afectan, suponen el importe neto de NOVECIENTOS EUROS (900).

Asimismo, consta en autos que obtiene ingresos como consecuencia de la realización de actividades de árbitro de fútbol, percibiendo una media de ingresos de TRECIENTOS EUROS (300), que debe ser considerado como media y que puede oscilar en función del número de eventos deportivos que arbitre y de las categorías en las que se desarrolle el mismo pudiendo obtener unos 150 euros por semana, aunque no es un criterio fidedigno, pues fluctúa en función de los partidos, las categorías y los desplazamientos.

Otro ingreso con el que cuenta la parte demandada es la retribución que percibe su pareja sentimental, y que el propio demandado cuantificó en unos 900 euros al mes.

Por último, añadir que eventualmente realiza actividades de intermediación inmobiliaria, aunque son trabajos esporádicos y aislados, estando pendiente de recibir en la actualidad una cantidad económica como consecuencia de dicha actividad.

Como gastos fijos al mes, el demandado debe hacer frente al pago de una hipoteca por importe de unos SETECIENTOS OCHENTA EUROS (780) aproximadamente, referente a una vivienda que fue adquirida con posterioridad a la separación, y asumir el pago de un préstamo personal por importe de unos 80 euros.

(7) Ingresos mensuales derivados de su actividad laboral de unos MIL QUINIEN- TOS EUROS (1.500) después de deducir las oportunas retenciones distribuidas en catorce pagas, dejando de manifiesto que no obtiene ningún otro ingreso y que en la actualidad, dado que le subieron el importe del sueldo, no realiza horas extraordinarias.

Tan sólo consta que, una vez que se produjo la separación, el demandado le anticipó una cantidad de (VEINTICUATRO MIL) 24.000 euros, por la futura venta de la vivienda. Y también ha recibido una indemnización por un accidente de tráfico por el importe de SIETE MIL EUROS (7.000).

Como gastos fijos consta el pago de una cuota de hipoteca de 500 euros al mes y la cuota del préstamo personal de 94 euros. Los gastos de colegio se cuantifican en unos 170 euros. De la valoración conjunta de todos estos extremos y dado que la menor de edad se encuentra en el tramo de los cinco años, se considera por este juzgador que son múltiples las necesidades que deben ser atendidas y que no sólo de alimentación, educación, medicamentos y vestido, sino todo lo referente a su integral formación exige ponderar todas las circunstancias concurrentes, para que con independencia de las discrepancias personales que se hayan producido entre los progenitores, se adopte una decisión que atienda al beneficio e interés del menor conforme al artículo 3 de la LO de Protección del Menor 1/96, de 15 de enero.

Separación número 95/2004. Tan sólo se ha producido el incremento del coste de la vida en general, por cuanto que la menor continúa en el colegio público, con las mismas necesidades y habiendo mantenido la madre sus propios ingresos. Por cuanto a los ingresos del padre obligado a prestarlos también son similares, no pudiendo ponderar la asunción voluntaria de nuevas cargas (como la cuota de hipoteca posterior a la separación) como un condicionante, para reducir la pensión en su día pactada.

Sí debe ponderarse, por el contrario, que la parte demandada no sólo cuenta en la actualidad con su nómina sino que *su pareja sentimental también obtiene ingresos que coadyuvarán a sufragar la pensión*, y que las retribuciones derivadas de las funciones de árbitro también reportan beneficios.

Por todo ello, se considera que la cuantía de la pensión de alimentos en favor de la menor debe ser de DOSCIENTOS CUARENTA EUROS (240 €) mensuales que se incrementará cada año con el aumento del IPC emitido por el INE.

Asimismo, se considera que ambos progenitores deben asumir el pago de la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en cuanto a la menor (gastos médico-sanitarios, farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social, actividades extraescolares, tratamiento odontológico desde el inicio hasta su finalización, coste de material escolar del curso 2007-2008, libros, ampa, matrículas que genere la escolarización de la menor). Gastos que deberán ser suficientemente acreditados y comunicados a la otra parte.

RESUMEN

ALIMENTOS. CUANTÍA DE LA PENSIÓN

Debe tenerse en consideración los ingresos que obtiene la pareja sentimental del alimentante y que coadyuvarán a sufragar la pensión, a fin de otorgar la pensión a favor de la hija común y a cargo del padre. La guarda y custodia se atribuye a la madre, ya que la relación entre los progenitores no permite el establecimiento de la guarda y custodia compartida.

ABSTRACT

SUPPORT. AMOUNT OF PAYMENT

When the daughter of a separated couple is granted support payments payable by her father, the income earned by the payer's partner, which will help go toward the support payments, must be taken into consideration. Guardianship and custody are assigned to the mother, because the relationship between the parents does not permit the establishment of shared guardianship and custody.