

## Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 19 Nov. 1999, rec. 1532/1998

Ponente: López-Carrasco Morales, Antonio.  
Nº de Recurso: 1532/1998  
Jurisdicción: CIVIL

SEPARACION MATRIMONIAL. Incremento de la pensión alimenticia: procedencia. Los convenios extrajudiciales realizados por las partes no precisan ser ratificados ante la autoridad judicial para su validez, pero los derechos de los menores no pueden verse perjudicados. Se eleva la cuantía de los alimentos a favor de la hija común. Concesión de pensión compensatoria: improcedencia. En el convenio regulador de la separación no se hacía referencia alguna a la pensión que se solicita.

Normativa aplicada

### TEXTO

En la ciudad de Barcelona,

a 19 Nov. 1999.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Doce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Separación Matrimonial Contenciosa, número 45/1997 seguidos por el Juzgado de Primera instancia núm. 18 de Barcelona, a instancia de Dña. ROSA Mil D. Q. representada por el Procurador d. Antonio Anzizu Furest y dirigida por el Letrado d. Ramón Tamborero del Pino, contra d. JORGE P. H., representado por el Procurador d. Ángel Joaniquet Ibarz, y dirigido por la Letrada Dña. Magda Oranich Solagran; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 28 Sep. 1998, por el Sr. Juez del expresado Juzgado, habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando la demanda formulada por el procurador d. ANTONIO Mº ANZIZU FUREST en nombre y representación de Dª. ROSA Mª D. Q., contra d. JORGE P. H., representado por el Procurador d. ÁNGEL JOANIQUE IBARZ y contra el Ministerio Fiscal, debo acordar y acuerdo la separación de ambos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes y en especial: 1.- ELISABET menor de edad queda bajo la guarda y custodia de Dª. ROSA MARÍA D. Q., teniendo compartida la patria potestad con el otro progenitor, que deberá ser consultado en cuantos asuntos de interés se presente, resolviendo el Juez en caso de discrepancia entre ambos padres. 2.- Como régimen de visitas a favor del progenitor que no tenga la custodia se establece: Que el padre estará con su hija los fines de semana alternos desde el viernes a las 20 h hasta el domingo a las 20 h Mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa en su totalidad alternativamente con cada uno de sus progenitores, correspondiendo al padre de los años terminados en cifra par, y un mes en verano, julio o agosto también de forma alterna. Los fines de semana se entenderán ampliados en caso de «puentes escolares». Asimismo las fiestas intersemanales de forma alterna con cada uno de sus progenitores. 3.- La vivienda familiar quedará en uso y disfrute de Dª. ROSA MARÍA D. Q., en compañía de la hija del matrimonio, pudiendo el otro progenitor, si no lo ha hecho ya, retirar las ropas y enseres de uso personal. 4.- d. JORGE P. H.

pasará al otro progenitor, como alimentos para la hija menor de edad que conviva con el segundo, la cantidad de doscientas mil pesetas fijadas en convenio regulador de fecha 25 Abr. 1996 y actualizadas a esta fecha según el IPC que fije el INE. 5.- El marido pasará a la esposa, como pensión compensatoria la cantidad de cincuenta mil pesetas. 6.- Las cantidades anteriores se pagarán mensualmente por adelantado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y por doce mensualidades al año. Dichas cantidades serán anualmente actualizadas según el IPC que publique el INE de forma automática por el obligado al pago sin necesidad de previo requerimiento. Realizándose la próxima revalorización el próximo primero de enero de 2000. La cantidad mensual será ingresada en la cuenta corriente o cartilla de ahorros que señale el beneficiario. 7.- No se hace especial pronunciamiento sobre costas».

**SEGUNDO.**- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la actora y admitido el mismo en ambos efectos, se adhirió la demandada y el M<sup>a</sup> Fiscal, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas ambas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 8 Nov. 1999, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

**TERCERO.**- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado d. ANTONIO LÓPEZ-CARRASCO MORALES.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se inadmite el Fundamento de Derecho de la Sentencia apelada, sustituido por los de esta Sentencia.

**PRIMERO.**- La actora solicitó a través de su defensa letrada, en el acto de la vista, que la pensión alimenticia a cargo del demandado y para la hija Elisabet, fuera de 520.000 ptas. mensuales en vez de la inferior fijada en la sentencia apelada, y a la vez se otorgare a la Sra. D. pensión compensatoria a pagar por el, Sr. P., en 200.000 ptas. al mes (que le había concedido la resolución recurrida en 50.000 ptas.), basando estas, peticiones en que el Convenio suscrito el 25 Abr. 1996 ante Notario no suscrito por la recurrente en su Separación Contenciosa por lo que entendió que las cantidades de su pacto Secto (200.000 ptas. para alimentos de hija, más 300.000 ptas. para gastos anuales de vestuario, más, gastos de estudios complementarios, y seguro familiar) llegan en junto a la cantidad solicitada, y sin embargo el Juzgador se atiene sólo a las 200.000 ptas., lo que la actora consideró perjudicial a la menor, siendo que la cifra de 520.000 es más ajustada a las necesidades de Elisabet, que acude a Colegio Privado, con un gasto mensual de 72.000 ptas. a las que hay que añadir los de Academia especial para superdotados, sesiones, terapias y gastos reflejados en las documentales de demanda, que ya ascienden a unas 349.000, como reconoce el esposo. Por otro lado la posición económica del Sr. P. como empresario de la construcción, abogado, asesor fiscal, refleja grandes ingresos; por consiguiente, partiendo de la realidad que refleja el Convenio Regulador, los actos propios del demandado y las disponibilidades de dinero del Sr. P. posteriores a la firma de Convenio, justifican tanto la elevación de pensión alimenticia a favor de la hija a 520.000 ptas., como la concesión de una pensión compensatoria a favor de la Sra. D., que si bien es cierto que en Convenio Regulador no aludió a tal derecho, ni a los alimentos propios, es lo cierto que la pensión compensatoria ha de ser concedida, a la vista de que la parte contraria sólo se ha opuesto a dar pensión al adherirse al recurso, y visto la dedicación a la familia de la Sra. D., y la colaboración con el marido, procede fijar pensión de 200.000 ptas. en vez de la inferior que otorga la sentencia.

**SEGUNDO.**- El Ministerio Fiscal, a la luz de los ingresos del Sr. P. y a las circunstancias de la menor, pidió elevar la pensión para ésta y a cargo del padre a 300.000 ptas. mes A tales peticiones se opuso la defensa, letrada del demandado, en el acto de la vista, por entender que el Convenio Regulador ha de ser vinculante puesto que se materializó ante Notario el 25 Abr. 96, con todas las solemnidades de escritura pública y, por tanto refleja voluntad pactada y seria y en donde se pactó que el uso de vivienda de C/Doctor Ferrán, se atribuyera a la hija y madre temporalmente, hasta que esté disponible la que el Sr. P. había comprado «exprofeso» a hija y esposa en C/Ecuador (con el subsiguiente desembolso), por lo que no puede dar además la

pensión alimenticia en 520.000 más otra pensión compensatoria en 200.000 ptas. ya que con ganar dinero, no puede cubrir tal cúmulo de gastos. Por otro lado niega que los gastos de la hija sean tan elevados como pretende la actora pues son los normales de Colegio, y, los extras de niña superdotada, los cubre las instituciones públicas mediante becas especiales, y ayudas (matrículas gratuitas), siendo por otro lado buena la salud de Elisabet, sin necesitar gastos extras de médicos o tratamiento de enfermedades.

El demandado, adujo que como propiedades sólo tiene la que es vivienda familiar de C/Doctor Ferrán, y que el restante patrimonio que le imputa la actora, pertenece a su madre, negó la existencia de desequilibrio económico, así como haber reconocido nunca una pensión compensatoria a favor de la actora, que, en todo caso, perdió su derecho al hacer renuncia al mismo, en el momento de la ruptura y cese de la convivencia (plasmado en Convenio de Abril 1996, ante Notario); por tanto la situación posterior a que han devenido las partes un año después, carece de relevancia, según constante jurisprudencia que citó, por lo que pidió revocar el pronunciamiento de pensión de 50.000 ptas. a la actora, absolviendo de su pago al demandado.

Cuestionan las partes con diversos argumentos, la validez y eficacia de un convenio extrajudicial suscrito ante Notario el 25 Abr. 1996, en relación con la sentencia definitiva de 29 Sep. 1998 de separación contenciosa, en cuanto a los pactos relativos a contribución del demandado a alimentos de la hija y al derecho de percibir la actora del Sr. P. una pensión compensatoria, no estipulada en el convenio; pidiendo la Sra. D. elevar las cantidades del pacto sexto, y de la sentencia apelada, a una cantidad global de 520.000 ptas. mensuales, para las atenciones de la hija Elisabet, así como el reconocimiento de 200.000 ptas. que, no estipuladas en el convenio, derecho declarado en la sentencia, pero en la cantidad que consideró exigua de 50.000 ptas. al mes; mientras que el Sr. P. mantuvo la fuerza vinculante del pacto --y por ende el mantenimiento de la cuantía de su contribución a los alimentos de Elisabet en 200.000 ptas.-, pero impugnando el pronunciamiento sobre pensión compensatoria a favor de la Sra. D. cuyo derecho pidió a la Sala fuera declarado inexistente por haber sido desconocido y no pactado por los interesados en el momento de la ruptura de la convivencia.

**TERCERO.**- Dos cuestiones distintas han de ser abordadas por este Tribunal que inciden en el tema económico, pero que tienen naturaleza y tratamiento jurídico diferentes. Una es la de validez (o ineficacia) de los pactos extrajudiciales firmados por las partes antes de incoar proceso de separación contenciosa, y otro el de la regulación que merece los intereses económicos de la hija traslucidos en el derecho a ser alimentada por sus progenitores, conforme al criterio de proporcionalidad de medios, y el de los intereses particulares de un cónyuge frente a otro cuando en fase anterior de Convenio privado extrajudicial no se hizo petición ni regulación de pensión compensatoria.

**CUARTO.**- Para resolver adecuadamente los temas antes acotados, hay que posicionarse dentro de la doctrina jurisprudencial que ha venido manteniendo nuestro Tribunal Sup rema respecto a la naturaleza y significado de los Convenios, que han sido considerados como negocios jurídicos del Derecho de Familia, de objeto contractual, pero limitado a la autoregulación de intereses patrimoniales propios de los cónyuges que siendo disponibles y renunciables, caen bajo el imperio de la autonomía de la voluntad y del principio «pacta sunt servanda» ex art 1255 y 1091 CC y que no precisan ser ratificados ni homologados ante autoridad judicial para su validez por no ser propiamente Convenio Regulador de procesos matrimoniales de mutuo acuerdo a que, con contenido mínimo, se refiere el art. 90 del CC; Pero, por otro lado están los derechos de los hijos menores que caen en la órbita del ius cogens y defensa de oficio por el Ministerio Fiscal y por los Tribunales (art. 91 CC) en donde prima el principio de «favor filii» y que tanto sí se regulan en pactos extrajudiciales y como en el propio Convenio, previsto en el art. 90 CC, no pueden ir contra el interés de los hijos, según se desprende del conjunto normativo de los arts. 154, 156, 158, 159, 164, 166, 167 del C. Civil en relación con art. 1258, por lo que el Pacto ha de pasar por el control judicial en cada proceso que se incoe, para de esta manera adecuar la relación a lo que determina el art. 93 del indicado Código: «el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor, para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento».

En esta dicotomía se encuentran las cuestiones planteadas por los recurrentes, debiendo la Sala, a la vista de la copiosa prueba aportada a los autos sobre situación económica, que se refleja en el Convenio de 25 Abr. 96, y en las documentales, confesiones y Certificado de Hacienda, Registro Mercantil, empresa ESADE, Actas de Aceptación de herencia y demás, acoger parcialmente el Recurso de la actora, y del M. Fiscal en el sentido de elevar la cuantía de los alimentos a favor de la hija a 300.000 ptas. mes (todo incluido), a cargo del demandado, en la línea del pacto sexto del Convenio, que la Sala entiende más ajustada a la proporcionalidad del art. 146 CC., fijando una sola prestación global en dinero que cubra todos los gastos, pues con ello se evitarán en el futuro reclamaciones y controversias en la ejecución de la medida. A la cifra señalada se aplicará la actualización anual, cada primero de año, según la evolución del IPC del período anual anterior, pero a la vez hay que estimar el recurso del demandado en cuanto a su pretensión de cesar la pensión compensatoria concedida, pues en el Convenio formulado ante Notario d. Enrique Pena Belsa, en 25 Abr. 1996 (Folio 46 a 48), nada convinieron acerca de la controvertida pensión compensatoria, aunque sí lo hicieron sobre la adquisición de vivienda para hija y esposa, plaza de coche, pago del valor de la mitad de los muebles, gastos de suministros, alimentos para la mujer, todo a cargo del Sr. P., por lo que habiendo dicho de forma reiterada esta Sala que las previsiones de pensión compensatoria al ser derecho dispositivo y renunciable (ST. 5 Dic. 1987), hay que formularlas en el primer proceso matrimonial, según se induce del texto del art. 97 del CC, al responder el desequilibrio del forma inmediata y causal de la ruptura producida por la separación o divorcio, y no en procesos, ulteriores cuando la evolución económica de los cónyuges puede quedar afectada por otras causas, sin conexión con el cese de convivencia (cual puede ser la laboriosidad de uno u otro o traer causa en fortunas adquiridas por muerte, herencia o donaciones, ahorros, etc.), es por lo que resulta ahora improcedente su concesión, como erróneamente hace el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia apelada; criterio que ha sido sustentado en el nuevo Código de Familia en sus arts. 42 y 84, Ley 9/1998 de 15 Jul. Parlament de Catalunya.

QUINTO.- En atención a la estimación de ambos recursos, y del M. Fiscal, no procede hacer expresa condena en costas de alzada a ninguna de las partes en aplicación del art. 896 LEC.

### FALLAMOS

Con estimación del recurso interpuesto por la representación de la parte actora D<sup>a</sup>. ROSA M<sup>a</sup> D. Q., del demandado d. JORGE P. H., así como del M. Fiscal (éstos dos últimos en vía de adhesión), contra la Sentencia de 28 Sep. 1998 recaída en Separación 45/1997 del Juzgado 18 de 1<sup>a</sup> Instancia de Barcelona, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia apelada en cuanto a las medidas 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> complementarias de la separación, que serán del tenor literal siguiente:

4<sup>a</sup> d. Jorge P. H. contribuirá a los alimentos de la hija Elisabet con trescientas mil pesetas mensuales, que serán anualmente actualizadas conforme se dispone en la 65 medida.

5<sup>a</sup> El Sr. P. no ha de abonar cantidad alguna a la Sra. D. en concepto de pensión compensatoria, quedando, por ende, ABSUELTO de tal obligación. Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer expresa condena en costas de alzada a ninguna de las partes.

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.

### PUBLICACION.-

Leída y publicada ha sido la anterior, sentencia en el mismo día de su fecha, Por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

