



Roj: **STS 4097/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4097**

Id Cendoj: **28079110012016100536**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2016**

Nº de Recurso: **2773/2015**

Nº de Resolución: **557/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1753/2015,**
STS 4097/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de julio de 2015 dictada en recurso de apelación, núm. 216/2015, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante de autos de juicio contencioso sobre modificación de medidas, núm. 235/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villena (Alicante); recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Adrian, representado por la procuradora Dña. María Paz Ruiz de la Cuesta Alberola, bajo la dirección letrada de D. José Box González, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Amalia Josefa Delgado Cid, designada del turno de oficio de justicia gratuita, en calidad de recurrente y con la intervención del Ministerio Fiscal, no compareciendo parte alguna en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Adrian, representado por la procuradora Dña. Rosaura Castelo Pardo, bajo la dirección técnica letrada de D. José Box González, interpuso demanda incidental de juicio para modificación de medidas definitivas de divorcio contra Dña. Antonieta, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se acuerde la modificación de la medida que se estableció en la sentencia de divorcio de fecha 10 de noviembre de 2005, y en su lugar se fije una cantidad de 100.-€ mensuales a abonar por mi representado a la demandada en concepto de pensión alimenticia para la hija común habida en el matrimonio, a satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizables conforme al IPC cada año, la supresión de los gastos escolares y de la participación del 50% por parte de mi representado de los gastos extraordinarios que puedan devenir con el carácter de necesidad».

2.- Dña. Antonieta, representada por la procuradora Dña. María Fuensanta Martínez López y bajo la dirección técnica del abogado D. Sergio Romero Mataix, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimando la pretensión modificadora a la baja de la pensión por alimentos de la hija menor de edad, manteniéndola en los términos e importe tal cual quedó aprobada en autos sobre procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo núm. 196/2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villena (Alicante). Todo ello con pronunciamiento condenatorio en costas a cargo del demandante dada su manifiesta temeridad y mala fe».



3.- El Fiscal, personándose en las actuaciones, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables interesando del juzgado:

«Dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villena se dictó sentencia, con fecha 8 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimar parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas, instada por D. Adrian, representado por la procuradora Dña. Rosaura Castelo Pardo, contra Dña. Antonieta, representada por la procuradora Dña. Fuensanta Martínez López, y en su mérito acuerdo modificar las medidas definitivas decretadas en sentencia de 10 de noviembre de 2005 dictada por este Juzgado en autos de divorcio núm. 196/2005, en los siguientes términos:

»Acuerdo fijar la pensión de alimentos en ciento setenta euros (170.-€), importe que será revisado anualmente en función de la variación porcentual que experimente el índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que lo sustituya en el futuro; y que deberá ser abonado por meses anticipados en los cinco primeros días de cada mes, e ingresado en la cuenta bancaria que tenía designado Doña. Antonieta.

»Además el padre deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios, entre los cuales se incluyen los gastos escolares y gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social.

»Todo ello, sin que proceda expresa imposición de las costas procesales a ninguno de los litigantes».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia, con fecha 14 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Castelo Pardo, en nombre y representación de D. Adrian, contra la sentencia de fecha 8-7-2014 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Villena, en las actuaciones de las que dimana el presente rollo; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por D. Adrian se interpuso recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Al amparo de lo estipulado en el art. 477.2 ordinal 3.º de la LEC, se denuncia infracción de norma sustantiva por inaplicación; el recurso presenta interés casacional por vulneración del art. 146 del C. Civil por aplicación indebida, en relación con el concepto jurídico indeterminado de mínimo vital relativo al *quantum* de la pensión de alimentos que debe abonar el demandante, respecto al que existe divergencia jurisprudencial en las Audiencias Provinciales y por oponerse dicha sentencia a la doctrina unificada del **Tribunal Supremo**.

Motivo segundo.- Por vulneración de la doctrina jurisprudencial del TS contenida en la sentencia núm. 579/2014 de fecha 15 de octubre de 2014, en la que se manifiesta que los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos e incluidos por tanto en el concepto legal de alimentos.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 13 de abril de 2016, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y sin más trámite al no constar personado ningún otro recurrido.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el fiscal presentó escrito manifestando su conformidad con los dos motivos del recurso de casación e interesando la casación de la sentencia recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

D. Adrian interpuso demanda de modificación de medidas contra Dña. Antonieta.

En la demanda se solicita la modificación de las medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio de 10 de noviembre de 2005 en relación con la pensión de alimentos establecida en favor de la hija menor de edad habida en el matrimonio, solicitando se fije en la cuantía de 100 euros mensuales, con la supresión de la imposición del pago de los gastos escolares y la participación en el 50% de los gastos extraordinarios



que puedan devenir con el carácter de necesidad, todo ello por haber sufrido una variación sustancial de sus circunstancias económicas. En concreto y en apoyo de tal afirmación señala que actualmente se encuentra en situación de desempleo por la que percibe la cantidad de 426 euros. Añade que ha tenido de una relación posterior un nuevo hijo con los consiguientes gastos que esto conlleva, estando actualmente su pareja en situación de desempleo sin prestación alguna. Apunta que no está cumpliendo con el pago de la pensión de alimentos fijada en su día en la sentencia de divorcio ante su imposibilidad, abonando mensualmente lo que puede. Asimismo señala que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos.

El Ministerio Fiscal interesó la rebaja de la pensión de alimentos a 150 euros mensuales más el 50% de los gastos extraordinarios que incluirán las matriculas y libros escolares.

La parte demandada se opuso a la demanda de modificación de medidas, solicitando el mantenimiento de las medidas adoptadas en sentencia de divorcio de 10 de noviembre de 2005 .

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda fijando la pensión de alimentos en la suma de 170 euros mensuales. Dicha resolución, tras considerar probado que el demandado percibe la suma de 426 euros en concepto de prestación por desempleo, concluye la alteración de las circunstancias que justifica la reducción de la pensión de alimentos. Del mismo modo señala que si bien la nueva descendencia del demandante no puede fundamentar por si sola la reducción de la pensión de alimentos es un dato a tener en cuenta máxime cuando la nueva pareja del demandante se encuentra también en situación de desempleo sin percibir prestación alguna, fijando el importe de la pensión en la cantidad de 170 euros mensuales por considerar que constituye el mínimo vital para lograr un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional. Asimismo señala que el demandante deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios entre los cuales se incluyen los gastos escolares y los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D. Adrian , que fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, de fecha 14 de julio de 2015 .

Dicha resolución desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia. En ella se afirma que la pensión de alimentos en favor de los hijos es una obligación ineludible cuyo mínimo vital se fija en los 170 euros fijados por la sentencia de primera instancia.

Recorre en casación, la parte demandante, D. Adrian .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la materia.

1. El recurso de casación se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 146 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 12 de febrero de 2014 , 2 de marzo de 2015 , 10 de julio de 2015 y 30 de abril de 2013 .

Dichas resoluciones, en concreto las de fechas 10 de julio de 2015 y 30 de abril de 2013, establecen la siguiente doctrina:

«Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española , sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.

Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo si que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento

de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna...».

En cuanto a las sentencias de 12 de febrero de 2015 y 2 de marzo de 2015 establecen la siguiente doctrina:

«De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE , y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención».

Por tanto, añade:

«Ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013)... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante". (...) La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil , las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC , esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres».

Argumenta la parte recurrente que tales doctrinas han sido vulneradas por la sentencia recurrida por cuanto habiendo quedado probado que el demandante está en situación de desempleo, cobrando una prestación de 426 euros, estando su pareja actual en situación de desempleo, sin cobrar prestación alguna, habiendo nacido de esta última relación un nuevo hijo, son circunstancias que determinan, conforme a las doctrinas indicadas, una reducción de la pensión de alimentos que ha de fijarse en la cantidad de 100 euros, cantidad que permitirá cubrir las necesidades de ambos hijos atendiendo a sus actuales ingresos.

Por último, en el motivo segundo, se alega la vulneración de la doctrina que establece que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos.

Se alega al respecto la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional alegado se cita como opuesta a la recurrida la sentencia de esta sala de fecha 15 de octubre de 2014 .

Dicha resolución establece la siguiente doctrina:

«1. Los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto.

2. La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes.

3. Establecido lo anterior, son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos».

Del mismo modo se alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales al respecto.

Por un lado cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Primera, de fecha 6 de octubre de 2011 , la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de fecha 27 de mayo de 2011 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 27 de junio de 2013 , las cuales entienden que los gastos de comienzo del año escolar son ordinarios porque son periódicos y previsibles y porque la condición de extraordinarios corresponde a los gastos situados fuera del orden o regla natural o común.

Y por otro lado se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres y Navarra (respectivamente, de fechas 5 de marzo de 2010 y 18 de diciembre de 2009), las cuales consideran que esos gastos son extraordinarios porque, pese a ser previsibles, son gastos de cierta importancia y de cuantía desigual.

Argumenta la parte recurrente que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que por tanto van incluidos en la pensión de alimentos.

SEGUNDO .- Motivo primero. Al amparo de lo estipulado en el art. 477.2 ordinal 3.º de la LEC , se denuncia infracción de norma sustantiva por inaplicación; el recurso presenta interés casacional por vulneración del art. 146 del C. Civil por aplicación indebida, en relación con el concepto jurídico indeterminado de mínimo vital relativo al *quantum* de la pensión de alimentos que debe abonar el demandante, respecto al que existe divergencia jurisprudencial en las Audiencias Provinciales y por oponerse dicha sentencia a la doctrina unificada del Tribunal Supremo.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 146 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 12 de febrero de 2014 , 2 de marzo de 2015 , 10 de julio de 2015 y 30 de abril de 2013 .

TERCERO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

En la sentencia de apelación, se asume, sin mayores razonamientos, la sentencia del juzgado en la que se estima parcialmente la demanda de modificación de medidas, al entender que el padre se encontraba en situación de desempleo (por la que percibe prestación de 426 euros), siendo preciso reducir la pensión de alimentos a la hija, de 200 euros a 170 euros.

En la misma sentencia se declara que el nacimiento de una nueva hija del padre, con su nueva pareja, «no puede fundamentar por sí la reducción de la pensión de alimentos, al ser voluntaria la relación de la que es fruto, a la vista de las circunstancias anteriores es un dato que no es posible ignorar de manera absoluta, pues también es carga del actor prestarle alimentos, siendo que en este caso su actual pareja se halla en situación de desempleo y sin percibir prestación alguna...».

Este pronunciamiento de la sentencia recurrida no es contrario a la doctrina jurisprudencial antes transcrita, expuesta en las sentencias de 10/7/2015 y 30/4/2015 , entre otras, pues si bien con cierta vacilación en la sentencia recurrida se tiene en cuenta el nacimiento de un nuevo hijo, a la hora de reducir la prestación por alimentos, máxime cuando la madre del nuevo hijo carece de ingresos.

CUARTO .- Motivo segundo. Por vulneración de la doctrina jurisprudencial del TS contenida en la sentencia núm. 579/2014 de fecha 15 de octubre de 2014 , en la que se manifiesta que los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos e incluidos por tanto en el concepto legal de alimentos.

Se alega la vulneración de la doctrina que establece que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos.

QUINTO .- Respuesta de la Sala.

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara que los gastos escolares deben entenderse integrados dentro de los gastos extraordinarios por lo que deberían ser abonados al 50%.

Este pronunciamiento de la sentencia recurrida es contrario a la doctrina jurisprudencial antes expresada, cuando declara que: «Los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos... Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto».



En base a lo declarado debemos estimar el motivo de casación y asumiendo la instancia, debemos declarar que los gastos escolares deben entenderse como ordinarios e integrados en el concepto de alimentos, por lo que a la hora de computar éstos los operadores jurídicos deberán tener en cuenta el prorrateo de los gastos de inicio del curso escolar.

SEXO .- Estimado parcialmente el recurso no procede imposición de costas de la casación.

No procede imposición de costas de la apelación, ni las de primera instancia (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Adrian , contra sentencia de 14 de julio de 2015 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante . **2.º**- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de declarar que los gastos escolares deben entenderse como ordinarios e integrados en el concepto de alimentos. **3.º**- No procede imposición de costas del casación. **4.º**- No procede imposición de costas de la apelación ni las de primera instancia. **5.º**- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto. Firmado y rubricado.