



Roj: **SAP B 5707/2013 - ECLI:ES:APB:2013:5707**

Id Cendoj: **08019370122013100365**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **30/05/2013**

Nº de Recurso: **756/2012**

Nº de Resolución: **407/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOAQUIN BAYO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIÈNCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓ Dotzena

ROTLLLE NÚM: 756/2012-B

JUTJAT PRIMERA INSTÀNCIA 4 MATARÓ (ANT.CI-5)

MODIFICACIÓ MESURES SUPÒSIT CONTENCIÓS 732/2011

SENTÈNCIA NÚM. 407/13

Magistrats:

Il·lms. Srs.:

JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

AGUSTIN VIGO MORANCHO

JOAQUIN BAYO DELGADO

En Barcelona, a trenta de maig de dos mil tretze.

Vistes, en grau d'apel·lació, davant de la Secció Dotzena d'aquesta Audiència Provincial, les actuacions de Modificació mesures supòsit contenciós, número 732/2011, seguides per Jutjat Primera Instància 4 Mataró (ant.CI-5), a instància del Sr. Pablo Jesús , representat pel Procurador Sr. DANIEL FONT BERKHEMER i dirigit per l'Advocada Sra. SUSANA RODRIGUEZ PUENTE contra la Sra. Enma , representada per la Procuradora Sr^a. CRISTINA GARCIA GIRBES i dirigida per l'Advocat Sr. JOAN NUÑEZ DE ARENAS NEGR. Aquestes actuacions estan pendents davant d'aquesta superioritat en virtut del recurs d'apel·lació interposat per la part demandada contra la Sentència que va dictar el dia 3 de febrer de 2012 el jutge d'aquell Jutjat. Havent tingut la deguda intervenció el Ministeri Fiscal. .

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. La part decisòria de la sentència apel·lada és del tenor literal següent: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. CARI PASCUET SOLER, en nombre y representación de D./Dña. Pablo Jesús , contra D./Dña. Enma , representado/a por el Procurador/ a D./Dña. JOAN MANUEL FABREGAS AGUSTI, y habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, debo acordar y acuerdo la modificación de la Sentencia dictada por este Juzgado y Juzgadora en fecha 16 de octubre de 2006 , en relación con los GASTOS DEL MENOR Fulgencio : A) Gastos ordinarios: El padre abonará la cantidad de 150 Euros mensuales, en concepto de alimentos para su hijo. Tal cantidad comprende los siguientes gastos ordinarios del niño: vestido y calzado, ocio, transporte, suministros del hogar, higiene y farmacia, seguro



médico y todos los gastos ordinarios relativos a su educación: matriculas y mensualidades ordinarias, libros, material escolar, uniforme y equipamiento deportivo escolar, batas, AMPA, seguro escolar, excursiones, y cualquier gasto ordinario que a lo largo del curso vayan solicitando los tutores o profesores por motivo de las festividades de Navidad, carnaval, etc. La cantidad referida se abonará en la cuenta corriente que designe la perceptora, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y será revisada anualmente conforme el IPC de Cataluña. Aparte de ello, el Sr. Pablo Jesús ha de alimentar a su hijo Fulgencio todos los días laborables, de lunes a viernes, a mediodía. En beneficio del niño, se exhorta a ambos progenitores a fin de que realicen un esfuerzo de comunicación y se informen, recíprocamente, de los menús que el menor ingiera a mediodía y por la noche, a fin de que tenga una alimentación sana y equilibrada. B) Actividades extraescolares: Son las actividades deportivas, musicales, culturales, formativas, y, en general, complementarias de la educación del hijo que el mismo realiza fuera del horario escolar, ya sea en el mismo centro donde cursa sus estudios, ya sea en otro diferente. Entre estas actividades extraescolares se incluyen las colonias, los campamentos, los esplays de verano, los viajes de fin de curso y los cursos en el extranjero; en cambio, no se incluyen ni las llamadas "permanencias" ni las excursiones escolares, que están incluidas en la pensión alimenticia, como gasto ordinario, dada su mayor frecuencia y su menor coste. Las actividades extraescolares serán abonadas por mitad entre ambos progenitores siempre que las mismas fueran consensuadas entre ambos. En interés del menor, y en consideración a que los niños suelen variar a menudo de actividades durante su vida escolar, en este punto concreto se requiere que el pacto entre los progenitores respecto de las actividades extraescolares sea expreso y escrito, a los efectos de facilitar una posible ejecución. Caso de que los progenitores no se pusieran de acuerdo sobre las actividades a practicar, decidirá la Autoridad judicial, teniendo en cuenta siempre el interés del menor (Recordando a ambos progenitores la conveniencia de tratar de resolver sus diferencias, en beneficio de su hijo, a través de la Mediación Familiar).

C) Gastos extraordinarios: Como tales debemos entender los gastos realizados en beneficio del hijo que reúnen las siguientes características: 1º.- Que tengan un carácter excepcional, que se salga de lo común, corriente y cotidiano que se cubre con la pensión alimenticia ordinaria y periódica. 2º.- Que no sean previsibles en el momento de su fijación. 3º.- Que sean imprescindibles, necesarios o, cuanto menos, convenientes para los intereses de la niña y no obedezcan a meros caprichos y arbitrariedades de quien los intente imponer. Existen tres grandes categorías de gastos extraordinarios: A) Gastos extraordinarios PUNTUALES, URGENTES E IMPRESCINDIBLES: a esta categoría pertenecen todos aquellos gastos, prescritos por un tercero, que han de ser realizados con carácter de urgencia de forma que no se puede esperar al consenso entre los progenitores, como puede ser una intervención quirúrgica urgente o un tratamiento médico puntual no cubierto ni por la mutua médica del menor ni por la Seguridad Social, o las primeras gafas prescritas al niño (respecto a las siguientes, sería deseable que los progenitores contaran con los oportunos repuestos y que, previamente, se hubieran puesto de acuerdo sobre el modelo a adquirir). Pues bien; en estos casos de gastos extraordinarios urgentes, NO es necesario esperar al consentimiento del otro progenitor, sino que bastará con presentarle la factura para que el otro haya de hacerse cargo de la mitad del gasto. B) Gastos extraordinarios NECESARIOS: A esta categoría pertenecen: 1) los tratamientos prolongados sanitarios y asimilados (psicológicos, odontológicos...) no cubiertos por la Seguridad Social ni por la mutua médica del niño, o que, aún estándolo, los progenitores estuvieran de acuerdo en acudir a la medicina privada. 2) las clases de refuerzo que el niño precisara, siempre y cuando así lo hubiera recomendado el/la tutor/a. En tales casos, los progenitores pagarán el gasto, por mitad, siempre que previamente se hubieran puesto de acuerdo sobre el facultativo o profesor que habrá de seguir el tratamiento o dar las oportunas clases, y sobre su presupuesto. Para acreditar el consentimiento, habrá que acompañar a la futura demanda de ejecución, o bien el consentimiento escrito de ambos progenitores, o bien acreditación de haber remitido al otro progenitor un burofax referente al gasto extraordinario necesario de que se trate, con el pertinente presupuesto, y antes de su desembolso, y el otro progenitor no haya contestado al mismo en el plazo excepcional de 10 días (cuya brevedad se justifica en atención a que se trata de un gasto necesario). C) Gastos extraordinarios OPTATIVOS: dependen exclusivamente de la voluntad de los progenitores y de las circunstancias socio-económicas de la familia. Dentro de esta categoría tenemos: 1) las celebraciones religiosas, con inclusión del traje de ceremonia del menor, el banquete, el fotógrafo, los recordatorios, las flores y demás gastos relacionados directamente con la celebración. En cuanto al cubierto de los invitados, y salvo pacto en contrario entre los progenitores, cada uno pagará el cubierto de sus propios invitados y el de los comunes, si los hubiere, serán abonados por mitad. 2) los estudios superiores. 3) los permisos necesarios para conducir motocicletas u otra clase de vehículo. 4) Y cualquier otro gasto imprevisto, de carácter excepcional o extraordinario, en cuya realización estuvieran de acuerdo ambos progenitores. Estos gastos extraordinarios optativos serán abonados por mitad entre ambos progenitores siempre y cuando previamente se haya consensuado y consentido su desembolso por ambos. Para acreditar el consentimiento, habrá que acompañar a la futura demanda de ejecución, o bien el consentimiento escrito de ambos progenitores, o bien acreditación de haber remitido al otro progenitor un burofax referente al gasto extraordinario de que se trate, con el pertinente presupuesto, y antes de su



desembolso, y el otro progenitor no haya contestado al mismo en el plazo de 30 días. Tanto en el caso de los gastos necesarios, como de los optativos, si no mediara acuerdo entre las partes, decidirá la Autoridad Judicial. Salvo en el caso de los gastos urgentes, no se podrá reclamar ningún gasto extraordinario que no haya sido convenido previamente por las partes o autorizado por el Juzgado. Se exhorta, una vez más, a ambos progenitores para que realicen un ESFUERZO DE COMUNICACIÓN, en beneficio del niño. Todo ello sin hacer imposición en costas."

SEGON. Contra la sentència anterior va interposar recurs d'apel·lació la part demandada mitjançant el seu escrit motivat, i es va donar trasllat a la part contrària, que s'oposa dintre del termini i en la forma escaient. Les actuacions es van elevar a aquesta audiència provincial.

TERCER. Es va assenyalar per a votació i decisió el dia 28 de maig de 2013.

QUART. En aquest procediment s'han observat i complert les prescripcions legals.

Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. JOAQUIN BAYO DELGADO.

FONAMENTS DE DRET

La sala admet els fonaments de dret de la sentència apel·lada, tret d'allò en què difereixin dels següents.

Primer.- La sentència de primera instància, la part dispositiva de la qual ha estat transcrita, és apel·lada per la demandada, que al·lega incongruència extra petita, perquè la sentència apel·lada regula les diferents despeses del fill comú (de 16 anys) de forma diferent a la pactada en el conveni de 16 de febrer de 2006, sense que la demanda ho demanés, i invocant error en al·l valoració de la prova s'oposa a la rebaixa de la pensió alimentària. Demana la desestimació de la demanda i, subsidiàriament, que la modificació afecti només la quantia de la pensió.

Tant el apel·lat com el Ministeri Fiscal s'hi oposen i demanen la confirmació de la sentència apel·lada.

Segon.- Vist que en les actuacions no apareix cap element de connexió amb altre marc normatiu, s'ha d'aplicar el dret civil català a les mesures de divorci en virtut de la seva territorialitat, segons els articles 14.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC). No escau, per tant, aplicar a les qüestions controvertides cumulativament, com fa la sentència apel·lada, les disposicions del Codi Civil estatal i les del dret civil català, que les regula completament i que té el seu propi sistema d'integració normativa.

Per raó de la data de la demanda, posterior a l'1 de gener de 2011, quan va entrar en vigor el Llibre II del Codi Civil de Catalunya segons la disposició final cinquena de la llei aprovatòria del Llibre II CCC, s'ha d'aplicar aquest text legal segons la disposició transitòria tercera.2 de l'esmentada llei autonòmica.

Tercer.- El pacte tercer del conveni de 2006, aprovat per la sentència de 16 d'octubre de 2006, diu:

" Ambdós progenitors acorden que el pare, el Sr. Pablo Jesús, abonarà a Na Enma en concepte de pensió d'aliments pel fill, la quantitat mensual de DOS CENTS CINCUANTA EUROS (250,00€), que ingressarà dins dels cinc primers dies de cada mes en el compte corrent o llibreta que la mare designi per tal efecte. Dita quantitat s'actualitzarà anualment en virtut de les variacions experimentades per l'IPC, que fixi l'Institut Nacional d'Estadística de la província de Barcelona o organisme anàleg que el substitueixi. Cada progenitor abonarà la meitat de les despeses mèdiques i els tractaments recomanats pels especialistes no coberts per la Seguretat Social. Les despeses extraordinàries del menor tals com llibres, les matrícules, les sortides i colònies escolars i el casal d'estiu, aniran a càrrec d'ambdós progenitors per meitats. Les activitats extraescolars del fill seran pagades per ambdós progenitors, però hauran de ser decidides de mutu acord. "

En aquell moment s'ha de presumir que tenia ingressos per tal de fer front a la pensió i despeses pactades. Ara, l'empresa que tenia està en fallida tècnica i rep com a ingressos els lloguers de les habitacions que lloga de la seva casa, per uns 250 euros mensuals. Recentment va ampliar en dues les cinc que ja hi havia. Paga una quota hipotecària d'uns 1.900 euros al mes; deu 400.000 euros del préstec. La està intentant vendre la casa. La mare va tenir uns ingressos de 10.117,52 per activitat empresarial, segons la declaració de IRPF de 2010. Paga un lloguer de 690 euros al mes. El fill va a una escola privada concertada.

Quart.- Aquestes dades porten a considerar que la situació econòmica del demandant ha empitjorat des que es va signar el conveni i que la pensió alimentària de 250 euros al mes, actualitzada avui (encara que la demandada reconegui que no l'actualitzat per raó de les dificultats sobrevingudes del deutor) és excessiva segons la necessària proporcionalitat de les despeses imprescindibles del fill i les possibilitats dels progenitors, d'acord amb els articles 237-1, 237-2.1, 237-7 i 237-9 CCC. Cal situar la pensió en 200 euros mensuals, partint de les despeses incloses, segons descriurem.



En aquest context s'ha de resoldre la imputació de incongruència que fa l'apel·lant. La matèria d'aliments de menors és un tema regit pel principi de tuïció dels interessos del menor, i el tribunal pot no atenir-se estrictament a les peticions, de manera que en principi no pot haver incongruència, sempre que les parts no pateixi indefensió. No és el cas en aquesta alçada, on ja s'ha suscitat el tema de les diferents despeses i ambdues parts han al·legat la seva visió al respecte.

Certament la descripció que fa la sentència apel·lada de les despeses és excessiva i coincideix amb el que aquest tribunal ha dit reiteradament, però precisament les despeses incloses a la pensió sí coincideixen amb el criteri doctrinal d'aliments, en no ser ni despeses extraordinàries ni extraescolars (matrícules, llibres acadèmics, material escolar, etc.). Òbviament les parts són lliures de pactar el que vulguin, com ho van fer els litigants en el pacte transcrit, i això serà vinculant en execució de la sentència de 2006, però quan el tema d'aliments es torna a obrir, de la quantificació de la pensió no es poden excloure els conceptes que han de s'hi. Així doncs, hem de confirmar la sentència apel·lada quant a l'apartat " A) Gastos ordinarios " pel que fa als conceptes, tot i canviant la quantia de la pensió.

Per una altra banda, s'han de regular correctament les despeses extraordinàries i extraescolars, segons la concepció de la qual s'ha partit en fixar la pensió, doncs la pensió ha de quedar ben delimitada (cfr . articles 233-2.2.b i 233-4.1 CCC). Efectivament, com a despeses extraordinàries, s'han d'entendre les que són necessàries, no periòdiques i imprevisibles (com despeses mèdiques, odontològiques, etc. no incloses a la Seguretat Social o assegurança privada) i no requereixen acord, per la seva condició de necessàries, sinó comunicació suficient a l'altre progenitor, i han de pagar-se per meitat, tret de raons especials que determinin altra distribució, que no és el cas. Això no és obstacle perquè, per prudència i si les circumstàncies ho permeten, qui les pagui o pretengui pagar pugui demanar la conformitat *a priori*, per tal d'evitar que en l'incident de l' article 776.4 de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC) o en el d'oposició a l'execució es pugui resoldre en contra de la condició de necessàries i, per tant, extraordinàries. Només les despeses no necessàries, com les extraescolars (que no són extraordinàries) requereixen aquest acord, que ha d'incloure la proporció de pagament i que, en cas de desacord, pot ser substituït per una decisió judicial. Atès que el cost de les activitats extraescolars practicades fins ara de comú acord no han estat tinguts en compte en el càlcul de la pensió, han de continuar, tret d'acord distint o decisió judicial substitutòria (articles 236-11.4 i 236-13 CCC).

Cinquè.- L'estimació parcial de l'apel·lació comporta la improcedència de declaració sobre les costes de l'alçada, segons l' article 398.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil.

Vistos els preceptes legals citats i els altres d'aplicació general i pertinent al cas,

DECISIÓN

Estimant en part el recurs d'apel·lació interposat per la senyora Enma , contra la sentència de data 3 de febrer de 2012, del Jutjat de Primera Instància n . QUATRE de MATARÒ, sobre modificació de pensió alimentària, en el qual ha estat part apel·lada el senyor Pablo Jesús i el MINISTERI FISCAL, hem de revocar i REVOQUEM EN PART la dita sentència i,

1) Des del mes següent a aquesta sentència, fixem en dos-cents (200) euros la pensió a càrrec del pare per al fill comú, amb el mateix sistema de pagament i actualització que fins ara.

2) El punts B i C de la part dispositiva de la sentència apel·lada queden substituïts pel següent:

Com a despeses extraordinàries s'han d'entendre les que són necessàries, no periòdiques i imprevisibles (com despeses mèdiques, odontològiques, etc. no incloses a la Seguretat Social o assegurança privada) i no requereixen acord, sinó comunicació suficient a l'altre progenitor, i s'hauran de pagar per meitat. Només les despeses no necessàries, com les extraescolars (que no són extraordinàries) requereixen aquest acord, que ha d'incloure la proporció de pagament i que, en cas de desacord (tant per al cessament de les actuals com per les noves activitats), pot ser substituït per una decisió judicial.

Confirmem la sentència apel·lada en tota la resta, sense imposició de les costes d'aquesta alçada.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació en els supòsits del número 3r. de l'article 477.2 LEC i recurs extraordinari d'infracció processal acumulativament (D.F.16 a., 1.3a. LEC). També és possible recurs de cassació, en relació amb el dret civil català, substantiu i processal, en els supòsits de l' article 3 de la Llei 4/2012 . El/s recurs/os ha/n de ser interposat/s davant aquesta Secció en el termini de vint dies.

Una vegada que sigui ferma aquesta sentència, disposem que les actuacions originals siguin retornades al Jutjat de procedència, amb testimoniatge de la mateixa, per tal que es compleixi.

Aquesta és la nostra sentència, de la qual s'ha d'unir un certificat al rotlle, i així la pronunciem, manem i signem.



PUBLICACIÓ. Aquesta Sentència ha estat llegida i publicada el mateix dia de la seva data pel Magistrat ponent, i s'ha celebrat audiència pública. EN DONO FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ