

EDJ 2004/26714

AP Baleares, sec. 5ª, A 1-4-2004, nº 28/2004, rec. 639/2003

Pte: Oliver Barceló, Santiago

Resumen

La AP estima parcialmente el rec. de apelación interpuesto por la ejecutante contra el auto que estableció la cantidad de 200 € mensuales en concepto de alimentos, con efecto retroactivo desde la fecha de interposición de la demanda ejecutiva. En contraste de las posibilidades económicas de ambos litigantes, el Tribunal aumenta el importe de las mensualidades; sin embargo, respecto a que la retroactividad se daría desde la fecha de presentación de la demanda de paternidad, estima plenamente aplicable lo prevenido en el art. 148 CC, al determinar que los alimentos, entre ellos los del art. 143.2 CC, no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda, imperativo que decanta la cuestión a favor del apelado y apoya la confirmación del auto recurrido en este sentido.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.142

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

FIJACIÓN DE LA CUANTÍA

Reglas de determinación

ALIMENTOS PROVISIONALES

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

Modificación

Supuestos en que procede su elevación

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Alimentos provisionales

Legislación

Aplica art.142 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.774.4, art.774.5 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita SAP Baleares de 4 abril 2003 (J2003/109238)

Cita SAP Baleares de 17 julio 2001 (J2001/71723)

Cita SAP Baleares de 15 junio 2001 (J2001/39390)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mahón, en fecha 14 de mayo de 2003, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Jusué, en nombre y representación de Dª Leticia, debo condenar y condeno a D. Víctor Manuel a abonar a la actora, como representante legal de los dos menores, la cantidad de 200 €/mes

en concepto de alimentos, con efectos retroactivos desde la fecha de la interposición de esta demanda y a abonar por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, variables anualmente de acuerdo con los índices oficiales del coste de la vida del respectivo año anterior, conforme a los índices del Instituto Nacional de Estadística o del Organismo que ejerza sus funciones, a ingresar en la cuenta que al efecto señale la parte actora, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Del mismo modo se condena al anterior al pago de 800€ en concepto de mensualidades atrasadas por pensión de alimentos más los intereses legales en la forma dicha.”

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos y mejorado en tiempo y forma y seguido el recurso por sus trámites, se celebró deliberación y votación en fecha del corriente año, quedando el recurso concluso para resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda ejecutiva y de previa determinación de cantidad mensual, en concepto de alimentos, que en la misma se concreta en la de 300 euros mensuales con efectos retroactivos desde el 1-agosto-2001, por parte de D^a Leticia, contra D. Víctor Manuel, fue opuesta por éste en base a los ingresos respectivos, dictándose Auto a 14- mayo-2003, estimatorio en parte de las pretensiones de la ejecutante, que establecía la cantidad de 200 euros mensuales en concepto de alimentos, con efecto retroactivo desde la fecha de interposición de la demanda cuya ejecución por la presente se insta, sin expresa imposición de costas, y condena al pago de 800 euros por mensualidades atrasadas y por el mismo concepto; contra cuya resolución se alza la parte demandante frente a los pronunciamientos relativos a la pensión alimenticia cuya petición inicial aumenta hasta 360 euros mensuales, a favor de los dos hijos menores, contra el importe fijado en el Auto impugnado que tacha de simbólico, a la falta de determinación de qué se entiende por gastos extraordinarios, y a la de que procede aplicar efectos retroactivos desde la “interposición de la demanda de menor cuantía” a 11-octubre-99, e interesa la revocación de la resolución recurrida en los términos reseñados.

La parte ejecutada no ha formulado oposición al recurso planteado de adverso, ni impugnado la misma resolución, en el plazo legal concedido.

SEGUNDO.- Sobre la determinación de la pensión alimenticia mensual a favor de los dos hijos menores, ha sido solicitada en la cuantía 300 euros mensuales, como es de ver en el encabezamiento y en el suplico de la demanda, y se deduce por múltiplo si se computa desde la fecha de retroacción de los efectos que se invoca (1-agosto-2001), cuyo lapsus u omisión se ha intentado rectificar en el acto de audiencia y en el propio escrito formalizador del recurso, de forma extemporánea, y sin que se deduzca error alguno de transcripción.

Pues bien, como reiteradamente ha señalado este Tribunal, ad exemplum en la Sentencia de fecha 23-octubre-2003:

“Por lo que concierne a los alimentos de la hija común de los contendientes, la disputa mantenida entre ellos en esta alzada se halla inscrita normativamente en el marco que configuran los artículos 154 EDL 1889/1 , 142, 143, 145, 146, 147 EDL 1889/1, 90 C), 92 y 93 del Código Civil EDL 1889/1, de los que se desprende, en lo que concierne al debate litigioso sometido a este Tribunal en el presente pleito, que todo titular de la patria potestad está obligado a alimentar a sus hijos, que ello debe abarcar el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y la educación e instrucción de los menores, que ese deber se tiene que cuantificar en función de las necesidades de los alimentistas y de los medios económicos de sus progenitores, que entre éstos debe distribuirse la obligación de modo proporcional a su caudal respectivo y que la determinación de dicha cuestión ha de estar presidida por el interés de los menores.

Procede, pues, analizar las necesidades de Mercedes y las respectivas disponibilidades económicas de sus progenitores, calibrando que la guarda y custodia de la menor ha sido concedida la madre, por lo que, si bien ella debe también cooperar a la atención de las necesidades de su hija, hay que computar las prestaciones “in natura” que D^a Angelina realiza en favor de la menor, al ejercer la guarda y custodia sobre la niña”; en la de fecha 17-junio-2003:

“En cuanto a la contribución de la madre que no tienen consigo al menor por el concepto de alimentos, se ha de señalar que si bien la Sra. Pilar tiene una precaria situación económica que la ha llevado a ser desahuciada en algunas ocasiones del domicilio que habitaba y a comer de beneficencia, también es verdad que trabaja y percibe un sueldo de unos 450 euros mensuales; por lo que viene obligada a cumplir con las previsiones del C.C. EDL 1889/1 en relación a la obligación de procurar alimentos a su hijo menor de edad, considerándose adecuado establecer la simbólica suma”; en el Auto de 25-febrero- 2003:

“El Auto ahora recurrido no ha hecho más que aplicar lo que tenía vigencia “ope legis”. En efecto, el párrafo 1º del art. 148 CC EDL 1889/1 consagra la razón de ser de los alimentos, el deber surgido en el mas íntimo ámbito familiar de amparar en sus mas esenciales necesidades a aquel de sus miembros que no pueda hacerlo por sí mismo.

Y, aunque la obligación alimentaria nazca, según ya se ha dicho, “ope legis” al concurrir las circunstancias que motivan su concesión, en realidad, y caso de no ser prestados voluntariamente, su abono no opera sino desde la interposición de la demanda”; en la de fecha 14-diciembre-2002:

“Referente a la contribución económica del padre para la alimentación de su hija se ha de señalar lo siguiente: Aunque alega imposibilidad de poder prestar más de 17.000 pts mensuales por este concepto y que en la absolución de la posición 12ª de su confesión judicial dice que convive con su pareja que tiene un niño y paga un alquiler de 45.000 pts cada mes, también reconoce que tiene un contrato de 3 meses cobrando entre 115.000 pts a 120.000 pts mensuales, y resulta de la documental practicada que lleva años inmerso en el mercado laboral y también que cobró una respetable suma por la venta de una finca.

Calibrando todo esto y también que la madre a parte de las prestaciones in natura que efectúe también debe de contribuir a solventar las necesidades alimenticias de Encarna, se considera ajustado a derecho sustituir la expresión “120 €” recogida en el fallo de la Sentencia de instancia por la de “170 €”; y en la de fecha 19-febrero-2001:

“La distribución de la carga por alimentos debe ser repartida a tenor de la situación patrimonial de los cónyuges al momento de dictar sentencia, siendo que lo establecido en el convenio regulador puede ser complementado por documentos que motiven la capacidad y las necesidades de los hijos; y además el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92 y 93 C.C EDL 1889/1), en las obligaciones emergentes del ejercicio de la patria potestad.

La distribución de las cargas debe ser equitativa y proporcionada con evaluación de todas las circunstancias concurrentes: trabajo, profesión, ingresos, gastos, necesidades de los obligados y sus recursos económicos (art. 145, 146 EDL 1889/1); y procede recordar que constituye elemento de orden público la contribución a las cargas familiares en forma de satisfacción de alimentos a favor de los hijos, en la que no rige el principio dispositivo sin el principio rector “favor filii” o en beneficio e interés de los hijos que son los principales afectados en las crisis matrimoniales, por lo que se excluye y decanta la exoneración total solicitada”; y al igual que en la de 7-febrero-2003, con adición de que previene el art. 110 del Código Civil EDL 1889/1 que:

“El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarlos alimentos”; el art. 112 EDL 1889/1 que:

“La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario.

En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada”, por lo que la retroactividad funciona excepcionalmente en supuestos como el presente, por compatibles los efectos de la filiación con la situación jurídica ya existente con anterioridad a su perfeccionamiento, pero es preciso determinar la filiación como presupuesto necesario para un posterior ejercicio de derechos derivados del parentesco consanguíneo, y es evidente, además, que los menores necesitaron alimentos desde su nacimiento, costeados por la madre o terceros, pero no por el padre como expresamente ha reconocido, cuya retroactividad se daría desde la fecha de presentación de la demanda de paternidad (11-10-99), y aunque la determinación legal de la filiación se da por sentencia firme, aunque la parte los exige sólo desde el 1-agosto-2001, recaída la sentencia de reclamación de paternidad en la primera instancia, a la que procedería remitirse, aun cuando la cantidad debía determinarse en ejecución de Sentencia, pero por necesarios los alimentos a favor de los dos menores, ni el Ministerio Fiscal ni la parte solicitaron anticipos ni interesaron medidas cautelares o preventivas, a pesar de haber recaído Sentencia estimatoria de 30-7-01 de la reclamación de la filiación no matrimonial y de la fijación de pensión alimenticia, confirmada por esta Audiencia Provincial a 27-septiembre-2002, en todos sus extremos, cuya omisión se pretende subsanar extemporáneamente mediante el escrito del recurso, reclamando efectos retroactivos desde el 11-10-1999.

Se entiende por alimentos lo que declara indispensable el art. 142 del CC EDL 1889/1 en sus distintos apartados; vienen obligados ambos progenitores a darles a los dos menores, en proporción a su respectivo caudal, ingresos y capacidad económica, y su cuantía será proporcional al caudal o medios de quienes los dan y a las necesidades de quienes los reciben (art. 143, 145 y 146 del CC EDL 1889/1), y tal obligación es exigible desde que los necesitaren, para subsistir, las personas que tengan derecho a percibir los alimentos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda (art. 148.1 EDL 1889/1).

Y en el supuesto específico de autos, se atiende a los ingresos fijos del padre (980 €/mes) aproximadamente, por trabajo por cuenta ajena como palista, a los declarados en el I.R.P.F de 2000 y 2001, y según certificación empresarial y las nóminas aportadas, a la tenencia y frutos de un vehículo Nissan de uso propio y dos planes de pensiones, a que éste no paga alquiler de vivienda o de alojamiento, si bien, a pesar de convivir con la actual compañera, alega -pero no acredita- que no puede pagar alimentos, que no abonado suma alguna por tal concepto, que desde el nacimiento de los dos menores ha trabajado como fijo, y que contribuye a los gastos con su actual pareja; y se atiende asimismo a los hechos objetivos vinculados a la actora, como que tiene unos ingresos mensuales promediados de 799 Euros, debe costear gastos fijos de ayuda social (118'34 Euros) y de colegio-comedor (182 Euros) a los declarados según I.R.P.F de 2001, a la edad y necesidades de los dos menores, a que vive con sus abuelos pero que poco pueden ayudarles; por todo lo cual, y en contraste de los posibilidades económicas de ambos, estima este Tribunal que el demandado debe abonar la cantidad de 260 Euros mensuales, en concepto global de alimentos para los dos hijos menores habidos en común, como suficiente para atender y garantizar los alimentos necesarios de ambos.

TERCERO.- A la luz de las precedentes consideraciones respecto de la fecha y exigencia de la prestación por concepto de alimentos, este Tribunal ha señalado de forma reiterada, como en la Sentencia de fecha 10-diciembre-2003 que:

“La obligación de contribuir a los alimentos nace desde la presentación de la demanda o solicitud, como reiteradamente ha señalado este Tribunal, y no desde la fecha de la resolución que recaiga en cada proceso; de contrario no se entiende el porqué no define el inicio la parte apelante desde que alcanzare firmeza la resolución recaída en la instancia.

Por las razones aludidas, el Auto retrotrae sus efectos al mes de marzo o de solicitud de las medidas, pero no de forma implícita, pues al decir “abonará” quiere decir “deberá abonar” y así debe interpretarse la frase, sino porque la obligación de contribuir a los alimentos nace desde que se solicitan y la cantidad fijada a cada mes es exigible desde la presentación de la demanda, y en modo alguno desde las fechas de notificación de la resolución definitiva o recaída en sede de provisionales-previas.

Y en el mismo sentido, las resoluciones dictadas por esta Sala, de fechas 4- abril-03 EDJ 2003/109238 , por todas las de 16-septiembre-02 por la que: Respecto del fondo del asunto este Tribunal hace propias, por acertadas, las consideraciones reseñadas por el Juzgador de instancia en la resolución impugnada, concretamente en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto, por justificadas las reclamaciones de pensiones alimenticias (o las diferencias entre 50.000 ptas. y 30.000 ptas.) desde agosto-2000 a octubre-2001, las diferencias de

las consignaciones de noviembre y diciembre 2001 a razón de 20.000 ptas. mensuales, que confirman un débito total de 340.000 ptas. en tanto que la cantidad fijada para pensión alimenticia debe cumplirse desde la demanda instada en la instancia, en regulación de las consecuencias económicas y patrimoniales y personales, como reiteradamente viene pronunciándose esta Sala. Así, en el Auto de fecha 17 octubre- 96 se dice que” la única cuestión suscitada en esta alzada es la relativa a si la pensión alimenticia fijada en el auto de medidas provisionalísimas a favor de la hija de los litigantes y a cargo de D. Gregorio ha de ser abonada desde la fecha de interposición de la demanda o desde la de la resolución que decretó tal pensión”. Y que, “por ello, hay que observar lo prevenido en el artículo 148 del Código Civil EDL 1889/1 , al determinar que los alimentos, entre ellos los contemplados en el artículo 143.2 del mismo Texto Legal EDL 1889/1 , “no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda “, imperativo que decanta la cuestión debatida a favor de la parte apelada y apoya al confirmación de la resolución recurrida.

Esta conclusión no se puede entender desvirtuada por alegación esgrimida por la representación procesal del Sr. Gregorio, que ha sostenido que el artículo 148 del Código Civil EDL 1889/1 sólo rige en los procesos declarativos de reclamación de alimentos, porque la norma no introduce tal distinción y porque esa tesis implicaría una merma en la protección del interés del menor -principio que debe prevalecer en esta materia-, pues supondría que la hija de los contendientes se viera desamparada económicamente durante la tramitación de la solicitud de medidas provisionalísimas; y que es evidente que otras medidas acordadas en la misma resolución -guarda de la menor, régimen de visitas,...- no pueden ganar efectividad desde la fecha de la demanda por ser imposible retroceder en el tiempo a tal fin, pero ello no desmerece el criterio establecido para una prestación pecuniaria y concedida exclusivamente en protección del interés de la menor, cuyas necesidades han de ser cubiertas -por imperativo legal- por sus progenitores, con independencia de los avatares de los procedimientos instados por éstos últimos.

La diferente naturaleza entre los varios pronunciamientos en materia de medidas provisionalísimas hace que no quepa aplicar un régimen uniforme a todas ellas, puesto que el precepto señalado como básico para dilucidar la cuestión planteada en esta alzada, el artículo 148 del Código Civil EDL 1889/1 , no incide en la aplicación de las otras medidas; y que lo relevante es, por el contrario, remarcar que las resoluciones jurisdiccionales pueden producir efectos desde que ganan firmeza o con anterioridad a tal momento, y esto último acaece en general en sede de obligaciones, según se deriva de los establecido en los artículo 1100, 1101, 1108 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1, de manera que, por ejemplo, la condena a abonar una prestación pecuniaria conlleva la imposición de intereses desde la fecha de interposición de la demanda o de la previa interpelación extrajudicial, si se ha producido, como consecuencia de la mora”.

En el Auto de fecha 14-diciembre-98 que:

“La controversia que nos ocupa fue tratada en el Auto de esta Sección núm. 110/96 de 17 de octubre, en la cual la Sala aplicó el criterio seguido en la resolución recurrida de considerar que el inicio del cómputo es, en principio, desde la fecha de la demanda por aplicación fundamentalmente del art. 146 del C. Civil EDL 1889/1 .

En dicha resolución se trataba de una solicitud previa a la demanda de medidas provisionalísimas, pero tal salvedad es irrelevante a los efectos que nos ocupan; y que el Auto de medidas coetáneas aplica el art. 103.3 del CCi EDL 1889/1 respecto de la determinación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio; y en este concepto cabe incluir, sin duda, las cantidades que tienen que aportar los cónyuges en concepto de alimentos para sus hijos comunes, pues éste es uno de los deberes que el art. 154-1 del mismo Cuerpo Legal EDL 1889/1 impone a todos los titulares de la patria potestad, evidentemente sin distinguir si sus progenitores están o no casados.

Con lo cual se estima plenamente aplicable lo prevenido “en el art. 148 del tan citado cuerpo legal EDL 1889/1 , al determinar que los alimentos, entre ellos los contemplados en el art. 143.2 EDL 1889/1 , no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda, imperativo que decanta la cuestión debatida a favor de la parte apelada y apoya la confirmación de la resolución recurrida.

Esta conclusión no puede entenderse desvirtuada por la alegación esgrimida por la representación procesal del demandado apelado al sostener que el art. 148 del Código Civil EDL 1889/1 sólo rige en los procedimientos declarativos de reclamación de alimentos, porque la norma no introduce tal distinción y porque esta tesis implicaría una merma en la protección del interés del menor -principio que debe prevalecer en esta materia-, pues supondría que el hijo de los contendientes se viera desamparado económicamente durante la tramitación de las medidas”.

Y en el Auto de fecha 17-julio-2001 que:

“El motivo segundo del recurso se refiere a que los atrasos en los pagos por concepto de cargas del matrimonio no tienen efectos retroactivos, como afirmativamente lo tienen las pensiones alimenticias.

Ciertamente, ni de la resolución impugnada ni de la sesgada documental acompañada mediante testimonio de particulares, puede deducirse una específica determinación mensual para cada concepto, pero las unas y las otras son exigibles desde la fecha de presentación de la demanda, entendidas aquéllas amplia y globalmente como lo indispensable según lo prevenido en los artículos 103 EDL 1889/1 , 142 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 , por meses anticipados, y responder, además de los alimentos, a la necesidad de canalizar la desvinculación de la vida familiar, por la duplicación de unos gastos, la reducción o eliminación de otros y por la diferente configuración de determinadas obligaciones, congruentes con la posición social de cada familia y con un reajuste de las necesidades de atención preferente que siguen vigentes, además de la deuda alimenticia, por razón del incierto grado desvinculador de la unidad familiar, que en el caso se han constatado como existentes, por el Juzgador de instancia, e intensar las imbricaciones contributivas, merecedoras de ser cuantificadas globalmente en 220.000 ptas. mensuales, exigible desde la fecha de interposición de la demanda y no desde la resolución que las decretó (Auto de 7-junio-2000); criterio seguido por esta Sala en sus resoluciones de fechas 17-octubre-96 y 14- diciembre-98”); y la de 4-octubre-02:

El Juzgador de instancia reseña en la Sentencia de 27-febrero-02 que la cantidad establecida como pensión alimenticia mensual (258'43 Euros) tienen efecto retroactivo desde la presentación de la demanda, y en cambio en el Auto de 2- 4-02 que lo dispuesto en el Auto de Medidas Provisionales Previas tiene validez hasta que se dicte Sentencia firme o se despache ejecución provisional de

la Sentencia, que se adivinan como contradictorios pronunciamientos, en tanto que se devenga la pensión alimenticia desde que las medidas provisionales fueron instadas (1-junio-01) a razón de 50.000 pts mensuales, y desde que aquélla fue determinada en Sentencia (a 27-febrero-02) a razón de 43.000 pts, no caben efectos retroactivos de ésta desde que fue formulada en tanto hasta la segunda resolución la determinada en el Auto de Medidas provisionales mantenía su vigencia, sobre cuyas bases procede practicar la liquidación hasta final, de febrero-2002; y no la pierde desde la fecha de interposición de la demanda de Medidas Definitivas, como erróneamente reseña el Juzgador “a quo”, al aplicar indebidamente la retroacción, como tampoco que se prolonga la vigencia del Auto hasta que la Audiencia Provincial resuelva el recurso de Apelación como indica la parte apelante.

Las precedentes consideraciones se basan, en primer lugar, en que cabe distinguir los efectos de una cantidad determinada a consecuencia de una petición o solicitud, de los que derivan de otra fijada en sustitución de la determinada con anterioridad, con vigencia en el primer caso desde que se insta la demanda (resoluciones de esta Sala, de fechas 16-septiembre-02, 17-julio-01 EDJ 2001/71723 , 14- diciembre-98, y 17-octubre-96, entre otras), y desde la fecha de la Sentencia en el segundo supuesto hasta cuya fecha sigue rigiendo la cantidad fijada en sede de Medidas Provisionales o, en su caso, desde la Sentencia recaída en la instancia.

Y en segundo lugar ello se recoge coincidente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 774, sobre Medidas Definitivas, establece en su apartado 4 EDL 2000/77463 que:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el Tribunal determinará, en la propia Sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna”; y en su apartado 5 EDL 2000/77463 que:

“Los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la Sentencia No suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en ésta.

Si la impugnación afectare únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”, entre otras”; y en el mismo sentido el Auto de 4-abril-2003, Sentencia de 20- marzo-2003, Auto de 3-octubre-2002 y 20-febrero-2002 en otro supuesto de filiación no matrimonial, y Sentencia de 13-febrero-2002, entre otras, que permite retrotraer los efectos a la fecha solicitada de 1-agosto-2001, y no ala de formulación de la presente demanda ejecutiva.

CUARTO.- No corresponde a este Tribunal definir y relacionar los gastos considerables como de extraordinarios, a cuyo abono en su mitad ha sido condenado el Sr. Víctor Manuel, ni es dable que se provoque un pronunciamiento al respecto, en tanto dependen de cada caso concreto, y normalmente a acreditar y reclamar en fase de ejecución de Sentencia.

En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal sobre que aquellos son de difícil diferenciación y su abono depende a veces si se han tenido en cuenta o no para fijar la pensión alimenticia; y así en la Sentencia de 7- junio-2002:

“En cuanto a los gastos extraordinarios que puedan resultar, ad exemplum por tratamiento y consultas al psicólogo, para estudios y aparatos de informática, o de apoyo en la formación integral, deben ser objeto de estudio en cada caso concreto, y debidamente acreditados para solicitar el importe correspondiente a su mitad, y en fase de ejecución de Sentencia”; en la de 24-abril-2002:

“La misma estipulación... antes referenciada reza del siguiente tenor “Igualmente sufragará el esposo la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de la hija menor, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, ortodoncia, y análogas, que hayan sido pactadas de mutuo acuerdo entre ambos padres, previa notificación de hecho que motiva el gasto y el importe del mismo, para su aprobación”; en la de 15-abril-2002:

“Con referencia específica a tales gastos extraordinarios, sobre los que el Juzgador de instancia ha resuelto que los progenitores deben abonar el 50%, que sean de carácter sanitario y educativo de la menor, junto a que deberán afrontar las cargas hipotecarias que graven los inmuebles de que son titulares en proporción al respectivo derecho de propiedad sobre los mismos, e incluye como gastos extraordinarios los libros de texto, los que no se correspondan con los planes de estudio de enseñanza obligatoria o con actividades extraescolares no relacionadas con asignaturas obligatorias (véase Auto de fecha 25-mayo-2001).”

Pues bien, como reiteradamente ha señalado este Tribunal el concepto de “gasto extraordinario” procede derivar de la interpretación “a sensu contrario” del art. 142 CC EDL 1889/1 , aunque su determinación resulta difícil y precisa de estudio en cada caso concreto, respecto “ad exemplum” de los de educación, formación integral, vestuario, enfermedad, prótesis, ópticos, ortodoncias, médicos, farmacéuticos, estudios superiores o especiales, a tenor del nivel de vida seguido, en el caso a abonar por mitad entre ambos progenitores, una vez acreditados su realidad y pago, independientemente de la cantidad mensual fijada en concepto de alimentos.

Con todo, los gastos extraordinarios deben ser objeto de acreditación, son dependientes en cada caso, máxime si falta convenio, planteables incluso en ejecución de Sentencia, o según su entidad y características podrían provocar una modificación de medidas, al alza o a la baja, si conllevaran una alteración sustancial de las circunstancias actuales (Sentencias de esta Sala, de fechas 5- noviembre, 2-noviembre, 14-septiembre y 15-junio-2001 EDJ 2001/39390 , entre otras), y estima este Tribunal que a los precedentemente detallados deben incluirse los gastos de equitación (f. 122 y ss, y 146), enseñanza reglada en el Colegio “Santa Mónica”, guarda, mantenimiento y custodia del caballo, libros de texto, uniformes y zapatos escolares, material, transporte y seguro escolares, comedor y gastos de desplazamiento, como necesarios y esenciales en la formación educativa e integral de la hija menor, y con independencia de la obligatoriedad de asignaturas o actividades, como también de la pensión alimenticia precisamente rebajada en la cantidad mensual en esta alzada”; en la de 5-noviembre-2001:

“El concepto de gasto extraordinario procede derivarse de la interpretación a “sensu contrario” del art. 142 Cc EDL 1889/1 , aunque su determinación resulta difícil y precisa de estudio en cada caso concreto, respecto “ad exemplum” de los de educación, vestuario, enfermedad, prótesis, ópticos, ortodoncias, y médicos, farmacéuticos, estudios superiores o especiales, que atendido el nivel de vida

seguido deben ser afrontados por igual entre ambos progenitores, una vez se acredite su realidad y pago, o necesidad, con independencia de la cantidad fijada en concepto de alimentos.

Con todo, se insiste en que previamente deben ser objeto de acreditación, son dependientes en cada caso máxime si falta convenio al respecto, planteables en ejecución de sentencia, o según su entidad incluso podrían provocar una modificación de medidas, al alza o a la baja, si provocaren una alteración sustancial de las circunstancias actuales”; en la de 2-noviembre-2001:

“La parte apelante insinúa al Tribunal que se pronuncie, conceptualmente, sobre lo que son gastos extraordinarios, lo que sin duda se evitará a fin de no proporcionar favorables posicionamientos en futuros litigios, cuando nada dice sobre ello el Código Civil EDL 1889/1 , y su concepto puede derivarse de la interpretación a “sensu contrario” del de alimentos que prevé el art. 142 del mismo Texto Legal EDL 1889/1 , si bien son de difícil precisión o determinación sobre todo si se refieren a asistencia médica y a algunos aspectos de la enseñanza, gastos de vestuario, enfermedad, prótesis, farmacéuticos, viajes al extranjero, estudios superiores o especiales, que se enumeran a título de ejemplo, aunque deben resultar acreditados, o según los casos pueden incluirse o no, en la pensión alimenticia mensual, pueden provocar alteraciones, sustanciales o no de las medidas según las circunstancias, son dependientes de cada supuesto en concreto, y a veces pueden merecer acogida en función de los convenios o pactos concertados entre los cónyuges”; como asimismo en las resoluciones de fechas 6-octubre y 13-febrero-2003, y 15-junio-2001 EDJ 2001/39390 , entre otras, a las que se hace expresa remisión.

QUINTO.- La estimación parcial del recurso impide hacer expresa imposición a las partes de las costas procesales causadas en esta alzada, en aplicación de los principios objetivo y de causalidad, por razón de la materia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, ha decidido:

1º) Estimar parcialmente el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Begoña Jusué Hernández, en representación de Leticia, contra el Auto de fecha 14-mayo-2003, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Maó, en el procedimiento Incidental núm. 23/03, de que dimana el presente Rollo de Sala; cuya resolución parcialmente se revoca; y en su virtud.

2º) Que, estimando parcialmente la demanda ejecutiva formulada en la anterior representación, contra Víctor Manuel, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª María Dolores Pérez Genovard, condenamos al demandado a abonar a la actora, como representante legal de los dos hijos menores, la cantidad de 260 Euros al mes en concepto de alimentos, con efectos retroactivos desde el 1-agosto-2001, pagaderos por meses adelantados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, y sujetos a las variaciones anuales del IPC autonómico o del I.N.E en su caso, a ingresar en la cuenta bancaria núm. 000 de “La Caixa”, intitulada a favor de la actora o en la cuenta que ésta designe; y asimismo le condenamos al pago de una mitad de los gastos extraordinarios que queden acreditados, y al de las mensualidades atrasadas con más sus intereses legales, incrementados en dos puntos, desde la fecha de la presente resolución; y sin hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas en la instancia.

3º) No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados. Doy fe. Miguel Cabrer Barbosa.- Mateo Ramón Homar.- Santiago Oliver Barcelo.

Publicación: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040370052004200018