

**Resumen**

*Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra el auto de instancia, que resuelve el incidente sobre la consideración de qué ha de conceptuarse o no como gastos extraordinarios de los hijos, señalando la Sala que tales gastos con aquéllos que salen de lo natural o de lo común y que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad, entre los cuales no han de incluirse los costos del baile, inglés, básquet y esplai que realizan los hijos, como actividades extraescolares, pues éstas tienen la consideración de gastos de formación, incardinables dentro del concepto genérico de alimentos.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.138 , art.139.4 , art.259

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**ALIMENTOS**

**PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL**

A favor de los hijos

En general

**OTRAS CUESTIONES**

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento: Incidentes

**Legislación**

Aplica art.138, art.139.4, art.259 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.142, art.1145 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

**Jurisprudencia**

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 15 febrero 2007 (J2007/29735)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 20 junio 2006 (J2006/332413)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 17 mayo 2006 (J2006/301308)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES AAP Barcelona de 30 junio 2005 (J2005/303882)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 26 julio 2005 (J2005/303847)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 13 octubre 2005 (J2005/247990)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 19 enero 2005 (J2005/8362)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES AAP Barcelona de 5 octubre 2004 (J2004/176570)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES SAP Barcelona de 27 abril 2004 (J2004/35015)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES AAP Barcelona de 27 febrero 2004 (J2004/8789)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES STSJ Asturias Sala de lo Social de 7 febrero 2003 (J2003/38437)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - En general AAP Barcelona de 6 junio 2002 (J2002/40634)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES AAP Barcelona de 25 junio 2001 (J2001/64323)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - OTRAS CUESTIONES AAP Barcelona de 14 febrero 2000 (J2000/7791)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los del auto apelado de 21 de septiembre de 2006, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona, en el incidente sobre determinación de gastos extraordinarios, dimanante de autos de divorcio núm. 952/2005, promovido por la Procurador D<sup>a</sup> ROSER CASTELLÓ LAUSACA, en representación de D<sup>a</sup> Ana María, contra D. Pedro, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> ROSA DELLÁ MICHAVILA, y con la debida intervención del Ministerio Fiscal, siendo la parte dispositiva de la resolución impugnada del tenor literal siguiente: " DISPONGO: No se fijan ninguno de los gastos reclamados como extraordinario. No se hace pronunciamiento sobre las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la representación de la demandante, del que se dio el pertinente traslado a las otras partes, presentando tanto el demandado, como el Ministerio Público, respectivos escritos de oposición al mismo, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Superioridad y una vez recibidas éstas, se designó Ponente y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de marzo de 2007.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la Sección, D. ENRIC ANGLADA FORS.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto apelado, que dispone no fijar ninguno de los gastos reclamados por la actora como extraordinario, debe ser ratificado por el Tribunal por sus propios y acertados razonamientos, al resultar éstos perfectamente coherentes con la situación de hecho y con la problemática jurídica planteada en el incidente que nos ocupa; abundando en la tesis de la Juez a quo y frente a los argumentos revocatorios vertidos por la parte apelante, es de remarcar, de forma somera, que aquélla no ha incurrido en errónea valoración de la prueba practicada, ni en infracción de la normativa de pertinente aplicación al caso, pues, de una parte y en cuanto a la alegada vulneración de normas procedimentales, no es aquí, ni ahora, el momento procesal oportuno para expresar tal infracción, ya que en nada afecta al fondo de la cuestión controvertida y además debía de haberse formulado la correspondiente protesta en la primera instancia y denunciarla, en su caso, mediante la interposición del recurso de reposición contra el proveído de 18 de julio de 2006 que dio curso al procedimiento actual y que fue consentido por las partes en litigio, contraviniéndose, por tanto, lo dispuesto en el artículo 459 in fine de la L.E.C EDL 2000/77463, como tampoco ha existido vulneración de la norma prevista en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 sobre la carga de la prueba, pues si bien es cierto que la demandante ha acreditado perfectamente los gastos efectuados y que son objeto de reclamación, no lo es menos que en absoluto ha demostrado -siendo a ella a quien le incumbía, en virtud de la distribución del "onus probandi"- que haya mediado consentimiento o aceptación de tales gastos por parte del progenitor no custodio.

SEGUNDO.- 1. Sentado lo precedente y entrando en el estudio de la concreta problemática planteada de nuevo en esta alzada, es decir, si los gastos reclamados por la demandante tienen la consideración de ordinarios o de extraordinarios, es de señalar, ante todo, el criterio jurisprudencial delimitador de lo que debe entenderse por alimentos y especialmente por gasto extraordinario, a los efectos de poder dilucidar lo que debe considerarse englobado dentro de la cuantía de la pensión alimenticia señalada a cargo del progenitor no custodio y lo que debe reputarse como gastos extraordinarios a abonar por mitad por cada progenitor.

2. Esta misma Sección 18<sup>a</sup> de la A.P. de Barcelona, en Autos de fecha 18 de octubre de 1999, de 14 de febrero de 2000 EDJ 2000/7791, 25 de junio de 2001 EDJ 2001/64323, 30 de abril de 2003 EDJ 2003/38437, 27 de febrero, 27 de abril EDJ 2004/35015 y 5 de octubre de 2004 EDJ 2004/176570, 19 de enero EDJ 2005/8362 y 30 de junio de 2005 EDJ 2005/303882 y 20 de junio de 2006 EDJ 2006/332413, ya se pronunció que dentro del concepto de alimentos, y, por tanto, dentro de la cuantía de la pensión alimenticia fijada a cargo del progenitor no custodio, debe entenderse englobado, siguiendo los dictados del artículo 259 del Codi de Família, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista. Asimismo este Tribunal, en Auto de 26 de febrero de 1999, explicitó que son gastos extraordinarios, debiendo entenderse como tales todos aquéllos que salen de lo natural o de lo común y que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad, precisando esta propia Sección, en Autos de 30 de abril de 2003, 27 de febrero de 2004 EDJ 2004/8789 y 19 de enero y 30 de junio de 2005, y en Sentencias de 19 de julio y 20 de noviembre de 1999, 26 de enero y 3 de marzo de 2004, 26 de julio EDJ 2005/303847 y 13 de octubre de 2005 EDJ 2005/247990, 17 de mayo EDJ 2006/301308, 20 de junio, 4 de julio y 18 de octubre de 2006 y 15 EDJ 2007/29735, 20 y 22 de febrero de 2007, que el concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso, y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del/de la menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera.

En este mismo sentido se ha pronunciado la otra Sección de esta Audiencia Provincial de Barcelona, especializada en materia de D<sup>o</sup> de Família, siendo de destacar, por su precisión terminológica, el Auto de la Sección 12<sup>a</sup> de la A.P.B. de 6 de junio de 2002 EDJ 2002/40634, que indica al respecto que la previsión en las sentencias de familia y en los convenios reguladores de que el pago de los gastos extraordinarios de los hijos se realizará por mitad entre los progenitores, con independencia de la pensión alimenticia ordinaria, que cubriría los gastos más habituales, plantea numerosos problemas en la ejecución, tal como se refleja en el caso de autos, derivados de las dudas que surgen en el momento de calificar como extraordinarios determinados gastos que, con frecuencia, ya se han devengado y se han hecho efectivos por el progenitor custodio, que ejerce por esta vía la acción de repetición del pago entre codeudores de parte alícuota, del artículo 1.145 del Código Civil EDL 1889/1. Como razona la resolución del tribunal de primera instancia, los gastos habituales del alimentista son los que han debido ser computados para el establecimiento de la prestación alimenticia, así como para

la distribución de la misma entre las dos personas jurídicamente obligadas a soportarlos, de forma proporcional con sus posibilidades económicas. Tales gastos son los ordinarios de manutención alimenticia, en sentido estricto, vestido, sanidad, habitación y educación, como son definidos por el artículo 259 del Código de Familia de Cataluña, en el mismo sentido que el artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1. No puede identificarse la mensualidad ordinaria alimenticia con los gastos de periodicidad también mensual, puesto que la referencia legal ha de realizarse a los gastos habituales, con independencia de su devengo, calculados en cómputo anual, aun cuando la obligación de pago se divida en doce mensualidades normalizadas. Esta es, entre otras, la razón por la que se establece el pago en los doce meses del año, con abstracción del hecho de que alguno de tales periodos los hijos permanezcan en compañía del progenitor con el que no residen habitualmente, que ha de soportar, también, la carga de la manutención, y atención de las necesidades de los hijos cuando los tiene en su compañía. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, los gastos extraordinarios, tanto en los casos en los que no exista enumeración detallada en la ejecutoria, como cuando su concreción no sea suficiente, se extienden a los que se produzcan de forma imprevisible y resulten, además, necesarios. Si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente -también de forma fehaciente-, o pueda asentir a la misma dejando transcurrir los treinta días desde la notificación de la propuesta de conveniencia del gasto, tal como prevé expresamente el artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña. Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial, tal como prevé el artículo 138 de dicho texto legal.

3. En base a todo lo explicitado, debe puntualizarse y precisarse que además de la pensión alimenticia periódica de los hijos, en la cuantía determinada en el pleito principal de divorcio, del que dimana el presente incidente, y en cuya fijación ya se han tenido en cuenta las distintas actividades que realizan ambos hijos de los litigantes, lo que ha comportado que la propia Juzgadora de Instancia incrementara el "quantum" de la pensión por alimentos en su día establecida en el auto de medidas provisionales, y que la Sala, atendidas tales circunstancias, haya ratificado en su integridad su cuantía en la sentencia dictada en el día de hoy -lo que, a diferencia de lo alegado por la apelante, no comporta una situación desfavorable para quien ostenta la guarda y custodia de los hijos (la pensión alimenticia, como se acaba de apuntar y asimismo se ha descrito en el proceso de divorcio, debe fijarse tomando en consideración los parámetros cuantitativos: capacidad económica del alimentante y necesidades concretas de los alimentistas, dentro de las que deben comprenderse todos los conceptos contemplados en el art. 259 del CF)-, el padre deberá sufragar asimismo el 50% de los gastos extraordinarios de aquéllos, debidamente acreditados y convenidos previamente por ambos progenitores, a no ser que se trate de un gasto estrictamente necesario y que por razones de urgencia no pudiere la madre solicitar el consentimiento del progenitor no custodio.

4. Llegados a este extremo, debe concluirse afirmando, al igual que la Juez a quo, que no pueden reputarse como gastos extraordinarios, a diferencia de lo pretendido por la madre de los menores, ni los costos del baile, inglés, básquet y esplai que realizan los hijos, como actividades extraescolares, pues éstas (al igual que el montante a que ascienden los libros, material escolar, comedor del colegio, excursiones y colonias escolares, etc...), tal como ya se ha pronunciado esta Sección 18ª en las recientes sentencias de 15 y 22 de febrero de 2007, tienen la consideración de gastos de formación, incardinables, por tanto, dentro de la norma contenida en el artículo 259 del Código de Familia -y, en el ámbito del Dº común, en el artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 -.

5. En definitiva, los dos progenitores deberán satisfacer por mitad, todos los gastos de los hijos que tengan realmente el carácter de extraordinarios, cuando éstos se produzcan, queriendo reiterar el Tribunal que, entre los cuales, sólo se encuentran, salvo, obviamente, pacto en otro sentido por parte de los progenitores, los que ya fueron objeto de definición en el primer Auto dictado por esta Sala, sobre esta materia, de fecha de 26 de febrero de 1999, es decir, todos aquéllos que salen de lo natural o de lo común y que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad (ad exemplum, gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social).

TERCERO.- Consecuentemente con todo lo expuesto y sin necesidad de mayores consideraciones, procede la plena y total ratificación de la resolución apelada, con desestimación, a su vez, del recurso contra la misma formulado.

CUARTO.- No se hace una expresa condena de las costas de esta alzada a la recurrente, pese al rechazo de su tesis revocatoria, al apreciarse en el caso enjuiciado la existencia de dudas de derecho, lo que, en definitiva, determina la concurrencia de circunstancias excepcionales para su no imposición, que conllevan a la superación del principio del vencimiento objetivo, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398, 1. en relación con el 394, 1., ambos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

#### PARTE DISPOSITIVA

#### LA SECCIÓN DECIMOCTAVA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL,

## FALLO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Ana María, contra el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. Cincuenta y uno de Barcelona, en fecha veintiuno de septiembre de dos mil seis, y CONFIRMAR íntegramente la mentada resolución; ello, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes litigantes.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen referenciados, de lo que doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370182007200161