

Resumen

La AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el esposo actor, contra la sentencia de instancia, que estimó en parte la demanda, revoca en parte la misma, y en su virtud se incluye en los gastos extraordinarios los gastos sanitarios y de farmacia no cubiertos por la SS, los libros y material de inicio de curso, salidas escolares, clases particulares y las actividades extraescolares con el material y equipo necesario para su práctica, sin perjuicio de que otros gastos extraordinarios que puedan surgir en un futuro. No ha lugar a incrementar la pensión de alimentos a favor de los hijos, dado que es adecuada y proporcional.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
art.76 , art.143 , art.264 , art.267

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

Proporcional a ingresos y necesidades

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.76, art.143, art.264, art.267 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
Cita art.398.2, art.770.773, dtr.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente proceso se inició mediante la demanda presentada en nombre de D. Casimiro contra Dª Sandra

SEGUNDO.- La sentencia que puso fin a la primera instancia dice en su parte dispositiva:

" Que, debo declarar y declaro disuelto por DIVORCIO el matrimonio de los contendientes Casimiro y Sandra con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento y en especial, los siguientes:

1.-La guarda y custodia sobre los hijos menores la continuará ostentando su padre, Sr. Casimiro , manteniéndose compartida la patria potestad.

2.-La Sra. Sandra podrá visitar y permanecer en compañía de los menores los fines de semana alternos, desde la salida del centro escolar los viernes, hasta las 20 horas del domingo.

3.-Los menores permanecerán en compañía de su madre la mitad de las vacaciones de verano, navidad y semana santa; la elección corresponderá los años pares a la madre y los impares al padre. El cónyuge a quien corresponda la elección deberá comunicarlo con una antelación mínima de un mes al otro progenitor.

4.- Entre semana, los miércoles, la madre podrá acompañar a los menores y estar en su compañía, desde la salida del Colegio, hasta las 20 horas.

5.- Los menores serán recogidos y reintegrados al domicilio paterno.

6.-La Sra. Sandra abonará mensualmente la cantidad de 150 € en concepto de pensión por alimentos; esta cantidad será ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe el Sr. Casimiro , y será anualmente actualizada para ajustarse a las variaciones del IPC.

7.-La Sra. Sandra vendrá obligada al pago del 50% de los gastos extraordinarios en los términos recogidos en el Fundamento Jurídico Tercero de esta resolución.

8.- El que fuera domicilio conyugal quedará para uso del Sr. Casimiro y los hijos menores de los contendientes.

No hago expresa condena en costas ".

TERCERO.- En aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Audiencia Provincial, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha correspondido el conocimiento del presente recurso a la Sección Segunda de aquélla.

CUARTO.- En su tramitación se han observado las normas procesales aplicables a esta clase de recurso, habiendo efectuado las partes las alegaciones que pueden verse en los respectivos escritos presentados en esta segunda instancia, a los que se responde en los siguientes fundamentos jurídicos. Se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 3 de septiembre de dos mil ocho.

QUINTO.- Conforme a lo establecido en las indicadas normas de reparto, se designó ponente de este recurso al Ilmo. Sr. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, quien expresa en esta sentencia el criterio unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia declara disuelto por divorcio el matrimonio contraído por los litigantes y acuerda las medidas personales y económicas correspondientes en relación a los propios contendientes y los hijos comunes.

Muestra su disconformidad con parte de lo decidido en Primera Instancia D. Casimiro , concretamente con la cuantía de los alimentos a pagar por la madre no custodia en favor de los hijos menores y con los gastos extraordinarios a satisfacer por mitad entre los progenitores.

Respecto a la cuantía de la pensión alimenticia a pagar por la demandada D^a Sandra , que el órgano " a quo" fija en 150 euros mensuales por hijo, ha de rechazarse el incremento solicitado hasta 200 euros mensuales por hijo, porque los argumentos sobre la diferente solicitud por parte del Ministerio Fiscal en la vista de medidas provisionales y en la del pleito principal resulta intrascendente teniendo en cuenta que nos hallamos en un procedimiento que sobrepasa el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes para entrar en el orden público al estar en juego el interés de menores, del tal manera que independientemente de lo que pidan las partes o proponga el Ministerio Fiscal, el Juzgador ha de fijar la cuantía de los alimentos en función de las necesidades de los hijos y de las posibilidades económicas de los obligados a prestarlos, art. 264 y 267 del CFC , teniendo en cuenta que son ambos progenitores los que deben asumir la carga alimenticia de los hijos comunes y no los posteriores convivientes de estos que ningún vínculo y obligación tienen para con dichos menores.

Atendiendo por ello a los ingresos respectivos de los progenitores litigantes y a las necesidades acreditadas de los menores, al margen de hipótesis o especulaciones sobre eventuales ganancias de la Sra. Sandra y gastos de los hijos que asisten a un centro educativo público y que no se acreditan como superiores a los que se desprenden de la documental aportada con la demanda como gastos anuales, que no mensuales, considera este Tribunal que la cifra de 150 euros mensuales por hijo es ajustada a las previsiones de los arts. 76.1.c, 143.1 y 267 del CFC, proporcional a los 1053 euros mensuales que la Sra. Sandra obtiene, y a los ingresos del Sr. Casimiro como trabajador autónomo titular en la actualidad de un negocio de pintura, no siendo dignas de acogimiento las alegaciones del recurso sobre percepción de elevados ingresos por horas extras indemostrados y el íntegro retorno por la Administración Tributaria de lo abonado por la Sra. Sandra en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas, por lo que ha de mantenerse la pensión alimenticia establecida por el órgano " a quo", con cita de la petición del Ministerio Fiscal en el acto de la vista del procedimiento de divorcio, que por el hecho de no coincidir con la petición del Fiscal en la vista de medidas provisionales, no por ello ha de estarse a lo decidido de manera provisoria y temporal en aquel trámite cuando el conjunto del acervo probatorio valorado en éste procedimiento principal avala la proporcionalidad de la pensión con las necesidades de los hijos y posibilidades respectivas de los progenitores.

En consecuencia, debe ser desestimado este primer motivo del recurso, que incide innecesariamente en el hecho de que la madre no hubiera colaborado económicamente a la manutención de los hijos comunes, cuando antes no trabajaba, no tenía ingresos y tampoco incumplió con lo decidido en la precedente sentencia de separación matrimonial que no acordaba pensión alimenticia a su cargo.

SEGUNDO.- El siguiente motivo del recurso viene a cuestionar los gastos extraordinarios, cuyo pago por mitad entre los progenitores establece la sentencia, y que tratan de ampliarse a otros conceptos no contemplados en la sentencia de primera instancia como gastos de farmacia no cubiertos por la Seguridad Social, la cuota de un seguro sanitario privado, los gastos eventuales y variables de educación y formación y por actividades extraescolares...etc.

En principio ha de significarse, como ya se hizo en relación a la cuantía de la pensión de alimentos de los menores, que al tratarse de una cuestión de orden público y por ello de "ius cogens" los gastos extraordinarios de los hijos menores, está facultado el Tribunal para su determinación aunque la parte demandante los solicitase en su demanda de manera genérica, puntualizando ahora en el recurso aspectos no contemplados en la sentencia de primera instancia, sin que ello comporte una "mutatio libelli" o alteración de los términos objetivos del proceso, como sin razón entiende la parte apelada, cuando la medida tiene base en los hechos alegados y prueba practicada en la primera instancia y no en hechos nuevos generadores de posible indefensión.

Dicho lo anterior, es cierto que los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social han de incluir los gastos farmacológicos no asumidos por los regímenes del sistema.

Sin embargo no ha de constituir gasto extraordinario imputable al otro progenitor la contratación de seguros privados complementarios en favor del progenitor custodio y los hijos comunes, pues siendo beneficiarios los hijos del sistema público sanitario, el padre

guardador que sin una razón específica decide obtener otras prestaciones a través de una Póliza de Seguro de Asistencia Familiar, a favor de él y de los hijos comunes, deberá asumir de manera exclusiva el gasto que ello comporte.

En cuanto al gasto de material y libros escolares que a principio de curso se genera y que es variable en función de la edad y de las circunstancias de los menores en cada curso que se inicia, este tribunal viene considerándolo gasto extraordinario, al igual que las salidas escolares, casales o colonias y las clases particulares necesarias para el correcto desarrollo escolar y formativo, por tratarse de gastos que no se pueden prever o cuantificar al determinarse la pensión alimenticia, sin perjuicio de que la decisión sobre las mismas se lleve a cabo teniendo en cuenta el desarrollo conjunto del ejercicio de la patria potestad.

Finalmente, en cuanto a las actividades extraescolares, sin perjuicio de que sean beneficiosas para el desarrollo integral de los menores en el ámbito social en que se desenvuelven y sean acordadas por ambos progenitores en ejercicio conjunto de la patria potestad, art. 137 CFC, los gastos que comporten tienen carácter extraordinario y deben ser asumidos por mitad.

Como en el presente caso no se cuestiona la naturaleza de esas actividades y el carácter provechoso de las mismas (taller del conteo, taller de danza y actividad deportiva), ni se colige una real oposición a su práctica por parte de la Sra. Sandra, ha de asumir esta la mitad de su coste, que sin embargo no se acredita en la cantidad mensual que cita el recurso, cuando los documentos obrantes en autos, fols. 72 y 73, evidencian que los pagos de dichas actividades complementarias al servicio de comedor se harán en una o dos veces anuales y no alcanzan, ni mucho menos, el importe que el recurrente les atribuye con carácter mensual.

Consecuentemente debe ser acogido en parte este motivo del recurso incluyendo en los gastos extraordinarios, a sufragar por mitad entre ambos progenitores, los gastos sanitarios y farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social (no la contratación de seguros médicos complementarios), libros y material de inicio de curso, salidas escolares, casales, clases particulares y las actividades extraescolares con el material y equipo necesario para su práctica, sin perjuicio de que otros gastos extraordinarios que pudieran surgir en un futuro, sean objeto de acuerdo entre ambos progenitores o en caso de discrepancia sometidos a decisión judicial.

TERCERO.- La parcial estimación del recurso comporta la no especial imposición de las costas de esta apelación, conforme el art. 398.2 LEC EDL 2000/77463, a la que también aboca la naturaleza del litigio que supera el ámbito de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a ESTHER SIRVENT CARBONELL, en nombre y representación de D. Casimiro, contra la Sentencia de fecha 18 de enero de 2008, dictada por el JUZGADO de PRIMERA INSTANCIA núm. 4 de GIRONA (ANT.CI-4) en los autos de divorcio contencioso (art.770-773 LEC EDL 2000/77463), núm. 588/2007, de los que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en cuanto al punto 7 del Fallo de la misma, de manera que los gastos extraordinarios cuyo pago se impone al 50% a Doña. Sandra, serán los que se relacionan en el Fundamento Segundo de esta resolución, confirmándose los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas de esta segunda instancia.

De acuerdo con la Disposición Final 16 y la Disposición Transitoria Tercera de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463, contra esta Sentencia cabe recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, solamente si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477. También cabe recurso extraordinario por infracción procesal ante el mismo Tribunal conforme a lo previsto en los artículos 468 y siguientes de la misma norma, siempre que concurra aquel interés casacional exigido por el recurso de casación y se formule de manera conjunta con este; dichos recursos deberán prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días.

Notifíquese esta sentencia a las partes y déjese testimonio de ella en el presente Rollo y en las actuaciones originales, que se devolverán al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de todo lo que, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 17079370022008100302