

## EDJ 2011/139622

AP Girona, sec. 2ª, A 7-3-2011, nº 41/2011, rec. 671/2010

Pte: Rey Huidobro, José Isidro

### ÍNDICE

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

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

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

Cita art.1108, art.1225 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Doña Azucena y D. Andrés, se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 30 de julio de 2010, dictado en los autos de Juicio por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción num. 6 de Girona (antic 7). Admitido el recurso en ambos efectos, y presentado ante esta Sección, se tramitó recurso de apelación en el que se personó el Procurador Dª ELISENDA PASCUAL SALA en nombre y representación de la indicada partes apelantes y como parte apelada el Procurador, en nombre y representación de, y previos los trámites correspondientes quedaron las actuaciones para resolver, habiéndose señalado el día dos de marzo de dos mil once para la deliberación y votación de la misma.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

TERCERO.- Conforme lo dispuesto en las normas de reparto, se designó ponente de este recurso el Ilmo.Sr. MAGISTRADO D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se insta en la demanda la ejecución del título judicial consistente en la sentencia de divorcio de 23-07-2007 que aprobaba el convenio regulador suscrito por las partes el día 30-05-2007, cuyo pacto tercero establecía en relación con la hija común Gemma, lo siguiente: "El Sr. Andrés pagará a la Sra. Azucena en concepto de pensió d'aliments per la filla comuna la quantitat mensual de 264,20 euros entre el dies 1 i 5 de cada mes en el compte bancari que la mare designi. Anualment, i més concretament amb efectes de l' 1 de maig de cada any, es revusarà aquesta quantitat en funció de les variacions que experimenti l' Index de Preus al Consum que publica L ' INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA o l' Organisme que en un futur el pogués substituir, prenent com a referència l' Index de la Comunitat Autònoma de Catalunya.

La totalitat de les despeses i costos derivats de l' educació i instrucció integral de la filla comuna -previ acord d' ambdós progenitors respecte de cada concepte- hauran de ser pagats en la proporció següent: 1.- El pare assumirà el 60% de les esmentades despeses; 2.- La mare assumirà el 40% restant.

Les despeses extraordinàries mèdico-quirúrgiques o qualsevol altres no assegurades o que es produeixin al marge de l' assegurança de salut que es pogui tenir concertada i que hagin decidit de mutu acord els dos progenitors, es pagaran per ambdós en la mateixa proporció anterior del 60 % el pare i 40% la mare."

El demandado dejó de satisfacer la pensión de alimentos a partir del mes de febrero de 2010, que se reclaman en la demanda de ejecución, además de los gastos extraordinarios derivados de la educación, instrucción integral de la hija común y de los gastos médicos no cubiertos por el eventual seguro de salud contratado.

Formuló oposición el demandado en ejecución alegando que sí ha cumplido con el pago de los gastos extraordinarios convenidos, que según reza la cláusula tercera, segundo párrafo del Convenio:

"La totalitat de les despeses i costos derivats de l' educació i instrucció integral de la filla comuna - previ acord d' ambdós progenitors respecte de cada concepte- hauran de ser pagats en la proporció següent...

Les despeses extraordinàries mèdico-quirúrgiques o qualsevol altres no assegurades o que es produeixin al marge de l' assegurança de salut que es pugui tenir concertada i que hagin decidit de mutu acord els dos progenitors, es pagaran... "

El órgano "a quo" resuelve analizando los diferentes elementos probatorios, ponderando la trascendencia que ha de atribuirse a la necesidad de acuerdo de los progenitores y analizando gasto por gasto de los relacionados como extraordinarios, - toda vez que los reclamados como pensión alimenticia ordinaria fueron consignados en la cuenta del Juzgado -, relaciona aquellos que a su juicio merecen tal categoría, discriminándolos de aquellos otros también reclamados que, o bien no se consideran extraordinarios, o bien necesitaban

de un previo consenso de los progenitores que no ha sido planteado y sometido por la progenitora custodia, o bien no se acredita su condición o destino.

Muestran su disconformidad ambas partes litigantes, alegándose por D. Andrés que no está de acuerdo con algunas premisas señaladas en la sentencia y atendiendo a las circunstancias del caso, al uso y a la Ley no procede estimar las pretensiones de la Sra. Azucena, ni tan solo en parte, como hace el Juez "a quo".

SEGUNDO.-.- Recurso de D. Andrés

Comienza dicho recurso con un extenso exordio sobre los antecedentes y objeto procesal del recurso y continua reiterando los argumentos de oposición de fondo respecto de los gastos y costes extraordinarios, alegando incumplimiento del convenio regulador por parte de la demandante en ejecución, suscitando de nuevo la naturaleza contractual del convenio regulador y el carácter recíproco de las obligaciones de los cónyuges, pero olvidando también que la destinataria de los pactos convenidos en él, en lo que al fondo del asunto se refiere, no son los progenitores, sino un tercero, que es la hija común, la cual si bien ya ha accedido a la mayoría de edad no tiene independencia personal ni económica, lo cual justifica el mantenimiento de la pensión cuya supresión o extinción no ha sido propugnada.

Y precisamente por esas circunstancias, la resolución de primera instancia recoge el criterio mantenido por este mismo tribunal y por otros en lo que se refiere a la necesidad de acuerdo entre los progenitores antes de que se produzca el gasto extraordinario para cuya satisfacción se ha convenido el previo consenso de los mismos, pues por una parte se pueden producir circunstancias que obliguen a realizar un gasto inmediato que no puede esperar el sometimiento al acuerdo previo, en muchas ocasiones más formal que real, pues la situación de enfrentamiento abierto hace inútil la pretensión de cualquier consenso. Otras veces la nimiedad del desembolso propicia la exclusión del acuerdo previo; y la consecuencia de esa sumisión al pacto precedente, es la judicialización sistemática de cualquier discordia económica con el perjuicio que ello supone para los menores o mayores dependientes, destinatarios legítimos e inmediatos del desembolso que ven frustrados sus intereses merced a las disputas que los gastos extraordinarios pueden generar.

De ahí que llevar hasta las últimas consecuencias el necesario acuerdo sistemático precedente de los progenitores para afrontar cualquier gasto extraordinario de los hijos llevaría a situaciones indeseadas e incluso a auténticas posiciones de perjuicio para los hijos que la autoridad judicial debe enervar incluso de oficio en cualquier procedimiento, adoptando las medidas que considere oportunas al efecto, al facultarle para ello el art. 134.1 del Codi de Família de Catalunya.

A partir de aquí, los argumentos de concierto ineludible que sostiene el recurso para imputar a la madre demandante en ejecución el incumplimiento, quedan convenientemente matizados y en todo caso la oposición a la ejecución de los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de la LEC EDL 2000/77463, tal y como dispone el art. 776 de la LEC EDL 2000/77463, con las especialidades que en dicho precepto se establecen; y la causa de oposición a la ejecución alegada en base al art. 556.1 de la LEC EDL 2000/77463, ha sido convenientemente analizada y ponderada por el órgano "a quo" en su resolución sin que merezca reproche en cuanto a la eficacia vinculante del pacto previo para la aprobación de gastos extraordinarios.

TERCERO.-.- Además, una cosa es el cumplimiento del pago de la parte proporcional de los gastos extraordinarios y otra el deseo del progenitor de ejercer como padre, conociendo y participando del desarrollo vital de la hija mayor de edad pero no independiente, lo cual deberá ser objeto de una predisposición paterna a compartir y no vincular ese alejamiento paterno-filial a la prestación de alimentos que le corresponde satisfacer por haber sido establecido en sentencia y en virtud de la patria potestad que ostenta, art. 143.1 CFC, sin perjuicio del consentimiento expreso o tácito del progenitor no custodió para la adopción de decisiones a las que se refiere el art. 139.4 del Codi de Família de Catalunya.

Y en cuanto a la petición de pago de intereses son los que se devenguen en el procedimiento de ejecución, sin perjuicio de ulterior liquidación, con lo que difícilmente puede invocarse el principio "in illiquidis non fit mora", por lo demás absolutamente superado por razones de equilibrio económico y justicia distributiva, puesto que llevado a un extremo literal podría constituir un empobrecimiento injusto, según jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Supremo en Sentencias de 21 marzo 1994, 13 octubre 1997, 30 julio 1999, por citar algunas que interpretan el art. 1108 del Código Civil EDL 1889/1.

CUARTO.-.- En cuanto al análisis de los gastos considerados como extraordinarios por la supervisión judicial llevada a cabo por el órgano "a quo" conviene en primer lugar señalar que las afirmaciones desproporcionadas del recurso en el sentido de que la ejecutante gasta a su antojo, no se lo comunica al Sr. Andrés hasta después de realizado el gasto y ello supone un sometimiento al capricho de la misma, tampoco es tal y como se aduce, pues en todo caso siempre existe la decisión judicial sobre lo que se debe o no se debe pagar y el apelante parece olvidar que él había dejado de pagar no solo gastos extraordinarios desde hace años, sino también pensiones alimenticias sin justificación alguna, de manera que las dificultades generales y exageradas que el recurso plantea, no ocultan ante la Sala, ni lo hicieron ante el órgano "a quo", la evidencia del incumplimiento del recurrente que ha motivado la resolución de primera instancia mandando seguir adelante la ejecución por una determinada cantidad.

En cuanto al documento num. 11 consistente en una factura comprensiva de un curso de información básica de iniciación en sistema operativo informático, considera este Tribunal que su valor probatorio está bien apreciado al igual que los gastos derivados de refuerzo escolar, documentos 3 a 7; documentos sobre escuela oficial de idiomas, doc num. 8, selectividad y Universidad docs. 12 a 14; libros, material escolar y gastos de dentista y óptica, doc. 17 a 19.

Y el hacer cuestión de cada una de los documentos que se presentan, incluso impugnándolos, no significa que ello prive de eficacia probatoria a los mismos, pues el art. 326 de la LEC EDL 2000/77463 permite dar validez a los documentos privados no reconocidos conjugando su valor con el resto de la prueba; y la impugnación del documento cuestionado no le priva de su valor probatorio, pudiendo ser tomado en cuenta ponderando su grado de credibilidad atendiendo a las circunstancias del debate y deducir su autenticidad de una apreciación global de las pruebas obrantes en autos, SSTS 27 noviembre y 24 octubre 2000, 29 marzo 1995, 22 octubre y 22 junio 1992 entre otras interpretando tanto el art. 326 LEC EDL 2000/77463 como el art. 1225 del Código Civil EDL 1889/1.

Dadas las características de la documentación presentada en un procedimiento de esta naturaleza, ha de llegarse al razonable convencimiento de que los documentos aportados para acreditar los gastos extraordinarios son reales y responden formalmente a los gastos que se reclaman, sin que se infiera una elaboración u obtención espúria a los fines del proceso, incluso la factura obrante al fol. 49, doc num. 11, se ajuste o no a los requisitos reglamentarios. Y coincide este Tribunal con el órgano "a quo" en que los conocimientos informáticos son absolutamente necesarios hoy en día para desarrollar con normalidad una actividad formativa del nivel que sea y más si es universitario, de manera que un curso de iniciación está absolutamente justificado y debe ser considerado como gasto extraordinario.

Por todo lo expuesto, la impugnación del valor probatorio de los documentos aportados debe ser rechazado ya que ponderados dichos documentos en función del origen y objeto de los mismos, entiende este Tribunal que hacen prueba de los hechos a los cuales se refieren ya que independientemente de que alguno pueda adolecer de deficiencias formales desde un punto de vista reglamentario a los efectos de su consideración como factura, no por ello dejan de acreditar la realidad de los pagos en el ámbito en que se han producido las operaciones a que se refieren (recepción de clases de refuerzo extraescolar, matrículas de centros oficiales o no, formación informática... etc), por lo que no se han infringido los art. 319 y 326 de la LEC. EDL 2000/77463

QUINTO.- En cuanto a las costas de la primera instancia no son objeto del presente recurso que no las impone a ninguna de las partes.

Y en cuanto a las costas de esta apelación, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1 de la LEC EDL 2000/77463 , procede imponerlas a quien formula el recurso y ve rechazados plenamente los motivos del mismo, pues el criterio que en su momento mantenía esta Audiencia en la materia de no hacer imposición de las costas, ha sido ya superado y cambiado por el criterio legal del vencimiento que establece el art. 394 de la LEC EDL 2000/77463 , salvo excepciones de dudas fácticas o jurídicas, y más cuando no está en juego el interés de menores como es el caso.

SEXTO.- Recurso de D<sup>a</sup> Azucena.

Esta recurrente muestra su desacuerdo con algunos gastos solicitados que han sido excluidos en la resolución de la relación de gastos extraordinarios reclamados, tales como el importe de la obtención del carnet de conducir.

Este gasto, teniendo en cuenta los términos en que se pactaron los gastos extraordinarios en el convenio aprobado judicialmente, no se considera incardinable entre los derivados de la educación e instrucción de la hija común, ni por supuesto entre los gastos médicos no asegurados y menos sin someterlo al acuerdo previo de los progenitores; y al margen de hipótesis generalistas, no se considera necesario para la realización de estudios formativos o complementarios de la hija, que como muchos estudiantes puede acudir a los centros de formación andando o en transporte público; de ahí que como ya decía este Tribunal en Auto de 21 de enero de 2011, ese gasto ha de imputarse a la pensión alimenticia general y no a los gastos extraordinarios, dada su innecesariedad de momento (no se ha demostrado que necesite vehículo particular para ir a estudiar ni para ejercer un trabajo que nunca se ha dicho que tenga); y el hecho de vivir lejos de la Universidad no justifica la pretensión del recurso, que por lo mismo podría reclamar como gasto extraordinario el precio de un vehículo para los desplazamientos.

Otro tanto ha de decirse de la adquisición de un ordenador portátil si ya existía ordenador en el domicilio cuya antigüedad no ha quedado acreditada, de forma que la adquisición de un nuevo ordenador portátil no se aprecia como necesario, sino como una decisión de comodidad o conveniencia que además de quedar fuera de los gastos extraordinarios hubiese requerido la consulta y el acuerdo de ambos progenitores.

La conexión a internet igualmente queda fuera del ámbito de lo imprescindible cuando hay posibilidad de acceso gratuito en bibliotecas y espacios wi-fi, y en cualquier caso dicha conexión representa un beneficio y aprovechamiento para todos los que conviven con la hija común incluida la madre, que no tiene por qué imputarse como imprescindible para la hija a gasto extraordinario formativo sin el previo acuerdo de los progenitores.

Los gastos de aerobic y tonificación de la hija ni se consideran imprescindibles ni incardinables entre los gastos de educación e instrucción integral, pues existen sistemas de tonificación y mantenimiento físico gratuitos y el empleo de desembolsos para tal fin, como mínimo debería haberse sometido al acuerdo de ambos progenitores. Lo mismo que la factura por tratamiento de "Acné", cuando existe razonable duda, ante la falta de la necesaria prueba al respecto, de si se trata del tratamiento de una auténtica patología médica o por el contrario se trata de una simple apreciación estética que difícilmente puede incluirse entre gastos médico-quirúrgicos integradores de gastos extraordinarios exigibles sin ser sometidos al mutuo acuerdo de los progenitores.

Por todo lo expuesto, debe ser también rechazado el recurso formulado por Doña. Azucena que propugna la inclusión de gastos cuyo carácter extraordinario ha sido acertadamente excluido por el órgano "a quo" en función de las circunstancias concurrentes y de las características y prueba de la producción de los mismos.

SÉPTIMO.- El rechazo de este recurso conlleva también la imposición a esta recurrente de las costas de esta apelación, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1 de la LEC. EDL 2000/77463

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

## FALLO

En virtud de lo expuesto la Sala, siendo Ponente el Ilmo. Sr. MAGISTRADO D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, ACUERDA: Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la Procuradora D<sup>a</sup> Anna Juandó Agustí en nombre y representación de D. Andrés así como el también interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Elisenda Pascual Sala en nombre y representación de D<sup>a</sup> Azucena, ambos contra el Auto de 30 de julio 2010, del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia num. 7 de Girona, dictado en los autos de Ejecución de Título Judicial

num. 591/2010, de los que el presente rollo dimana y confirmamos dicha resolución con imposición a cada una de los recurrentes de las costas de su recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así lo acordó la Sala y firmaron los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 17079370022011200036