Roj: **STS 3277/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3277**

Id Cendoj: **28079110012017100473**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **13/09/2017**
Nº de Recurso: **2950/2016**
Nº de Resolución: **500/2017**
Procedimiento: **Casación**
Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 830/2016,**
STS 3277/2017

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de julio de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 558/2016, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén , dimanante de autos de juicio de familia, para modificación de medidas, núm. 299/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Carolina, recurso interpuesto ante la citada Audiencia por doña Graciela , representada ante las instancias por la procuradora doña Rosalía Téllez Sánchez, bajo la dirección del letrado don Jorge Machuca Gallardo, no consta personado recurrido alguno y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Don Clemente , representado por la procuradora doña Lucía López González y asistido del letrado don Feliciano Manuel Aguilera Ruiz, interpuso demanda solicitando modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio contra doña Graciela y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

«Por formulada solicitud de modificación de las medidas definitivas acordadas por sentencia 40/06 del Juzgado Mixto núm. 2 de la DIRECCION000 , de fecha 2 de junio de 2006, y en consecuencia se modifiquen las medidas contenidas en la misma según lo solicitado en el hecho sexto».

Y el hecho sexto indica:

«Sexto.- Que se interesa que se modifiquen las medidas definitivas de la sentencia de divorcio en el sentido de:

»1.- Se estima adecuado la fijación de una pensión alimenticia mensual para la menor de 100 euros mensuales. Dicha pensión será revalorizable anualmente conforme al IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

»2.- Los **gastos** extraordinarios, originados por la actividad escolar, libros, matrículas, uniformes, academias, actividades extraescolares, viajes escolares y de formación, etc.; serán abonados por mitad entre ambos progenitores. Los **gastos** extraordinarios de naturaleza médica, no cubiertos por la Seguridad Social, como oftalmología, odontología, logopeda, fisioterapia, etc.; serán abonados por mitad por ambos progenitores. En ambos casos se necesitará el consentimiento o previa aceptación por escrito de ambas partes.

»3- Para el caso de cambio de domicilio, el nuevo domicilio será comunicado fehacientemente al otro progenitor».

2.- Admitida la demanda, el fiscal contestó a la misma manifestando que dictaminará, respecto a las medidas que deban adoptarse y que afecten a los hijos menores, en el momento procesal oportuno.

3.- Doña Graciela , representada por el procurador don Pedro Moreno Crespo y defendida por el letrado don Jorge Machuca Gallardo, ambos designados del turno de oficio, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado:

«Sea desestimada la demanda de modificación de medidas solicitada pues no procede la reducción de la pensión de alimentos instada por el demandante, debiendo estarse y mantenerse lo ya sentenciado al respecto por la sentencia núm. 40/06 del mismo Juzgado al que me dirijo, que por ello debe seguir siendo definitiva y firme».

4.- Previo los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 9 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando la demanda presentada por D. Clemente , contra Dña. Graciela , debo denegar y deniego la petición de modificación de medidas establecidas en su día en sentencia de divorcio, autos núm. 318/2005, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de La DIRECCION000 , sin hacer expresa imposición de costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Interpuesto recurso de apelación por el demandante don Clemente , la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia, con fecha 7 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de La DIRECCION000 , con fecha 9 de diciembre de 2015, en autos de juicio sobre modificación de medidas, seguidos en dicho juzgado con el núm. 299/2015, debemos revocar y revocamos en parte la misma y en su lugar estimando en parte la modificación de medidas solicitada, debemos fijar la cuantía de alimentos de la hija menor Esmeralda en la cantidad de 206 euros mensuales, actualizables conforme al IPC anualmente, y fijando como **gastos** extraordinarios que deben sufragarse al 50%, los referidos a la actividad escolar y universitaria en su caso, tales como libros, matrículas, academias, actividades extraescolares, viajes escolares y de formación; también los de naturaleza médica no cubiertos por la Seguridad Social, tales como oftalmología, odontología, fisioterapia, etc; siendo necesario el consentimiento del que se pretenda obligar, salvo en relación a los que resulten urgentes y perentorios, para su reclamación al mismo. Se confirma la sentencia en restante y sin hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Por doña Graciela se interpuso recurso de casación, por razón de interés casacional se basa en el siguiente motivo:

Motivo único.- La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contemplada en los arts. 93 y 142 del Código Civil (pensión de alimentos - **gastos** ordinarios - **gastos** extraordinarios), presentando el correspondiente interés casacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en concreto al primer supuesto contemplado por el art. 477.3 LEC (oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: STS núm. 579/14 , Sala I).

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 22 de marzo de 2017 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y no constando personado ningún recurrido se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara, en su caso, su oposición al recurso.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el fiscal formuló alegaciones apoyando el recurso interpuesto y solicitando la estimación del mismo en el sentido de reponer la situación a lo declarado en la sentencia de instancia.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Se formuló demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio, de fecha 2 de junio de 2006 , donde se fijó una pensión de alimentos a favor de la hija menor por importe de 250 euros mensuales que deberá actualizarse conforme a la subida del IPC, debiendo además abonar los **gastos** extraordinarios al 50% una vez que los mismos queden acreditados.

El demandante, D. Clemente , alegó que las circunstancias actuales ha variado pues reside y convive con otra pareja con la que tiene un hijo de ocho años, y con los tres hijos también menores de su pareja.

Solicitó la modificación de la pensión alimenticia que fue acordada fijándose la misma en 100 euros; y que los **gastos** extraordinarios originados por la actividad escolar, libros, matrículas, uniformes, academias, actividades extraescolares y de formación, serán abonados por mitad entre ambos progenitores, los **gastos** extraordinarios de naturaleza médica, no cubiertos por la Seguridad Social, como oftalmología, odontología, logopeda y fisioterapia, serán abonados por mitad por ambos progenitores. En ambos casos se necesitará el consentimiento o previa aceptación por escrito de ambas partes.

2.- La sentencia de primera instancia, desestimó la demanda, y concluyó que las nuevas cargas familiares por si solas no justifican una modificación de las medidas, en concreto, del pago de pensión de alimentos que fue acordada en el procedimiento matrimonial, y en cuanto, a la petición formulada en relación a los **gastos** extraordinarios y el cambio de domicilio, no procedía hacer ningún pronunciamiento al no haberse razonado, ni fundamentado el cambio producido en esos dos aspectos.

3.- El demandante formuló recurso de apelación, y la sección 1ª, de la Audiencia Provincial de Jaén, estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, y revocó la sentencia de primera instancia, y estimó en parte la demanda fijando la cuantía de la pensión de alimentos en la cantidad de 206 euros mensuales, actualizables conforme al IPC anualmente y fijando como **gastos** extraordinarios que deben sufragarse al 50% los referidos a la actividad escolar y universitaria en su caso, tales como libros, matrículas, academias, actividades extraescolares, viajes escolares y de formación; también los de naturaleza médica no cubiertos por la Seguridad Social, tales como oftalmología, odontología, fisioterapia etc; siendo necesario el consentimiento del que se pretenda obligar, salvo en relación a los que resulten urgentes y perentorios, para su reclamación al mismo.

4.- Se interpone recurso de casación por la demandada, apelada. El recurso de casación al amparo del art. 477.2.3.º LEC , tiene un motivo único, se denuncia la infracción de los arts. 93 y 142 CC por vulneración de la doctrina que delimita el alcance de los **gastos** extraordinarios y **gastos** ordinarios que conforman la pensión de alimentos.

La recurrente cita la sentencia n.º 579/2014 de 15 de octubre: «1 . Los **gastos** causados al comienzo del curso escolar de cada año son **gastos** ordinarios en cuanto son **gastos** necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos **gastos** los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás **gastos** propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto. 2. La consecuencia es obvia: son **gastos** que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes. 3. Establecido lo anterior, son **gastos** extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los **gastos** ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos».

La sentencia recurrida contraviene el interés legítimo de la alimentista pues los **gastos** de educación están dentro de la pensión de alimentos y no pueden ser excluidos de la misma como hace la sentencia recurrida, que declara: «...fijando como **gastos** extraordinarios que deben sufragarse al 50% los referidos a la actividad escolar y universitaria en su caso, tales como libros, matrículas, academias, actividades extraescolares, viajes escolares y de formación...»

5.- La sala dictó auto el 22 de marzo de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y dar traslado al Ministerio Fiscal para que en su caso, formalizase por escrito su oposición al recurso.

El recurrido no ha comparecido ante esta sala.

6.- El Ministerio Fiscal apoya el recurso.

SEGUNDO.- *Decisión del recurso*

1.- Se ha venido sosteniendo por la común opinión doctrinal que los denominados «**gastos** escolares» tienen naturaleza de **gastos** ordinarios, por ser previsibles y periódicos, y, de ahí, que hayan de incluirse en la pensión alimenticia, si bien con diferentes opiniones respecto de los **gastos** que la unidad familiar ha de acometer cada primero de curso relacionados con la matrícula, libros, material escolar, uniforme y ropa de temporada para los hijos comunes habidos en el matrimonio.

2.- La sala, en la sentencia 579/2014, de 15 de octubre , citada por la recurrente, sentó doctrina al respecto en los siguientes términos:

«1. Los **gastos** causados al comienzo del curso escolar de cada año son **gastos** ordinarios en cuanto son **gastos** necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos **gastos** los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás **gastos** propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto.

»2. La consecuencia es obvia: son **gastos** que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes.

»3. Establecido lo anterior, son **gastos** extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los **gastos** ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos.»

La anterior doctrina vino a ser aplicada por la sentencia 557/2016, de 21 de septiembre , que en aplicación de ella, declaró que «los **gastos** escolares deben entenderse como ordinarios e integrados en el concepto de alimentos, por lo que a la hora de computar éstos los operadores jurídicos deberán tener en cuenta el prorrateo de los **gastos** de inicio del curso escolar».

3.- En atención a la anterior doctrina y a los antecedentes del recurso que se han expuesto, se ha de concluir que:

(i) No puede mantenerse la pensión de 206 euros mensuales fijada por la sentencia recurrida por cuanto a ella se ha de sumar, de forma estimada y prorrateada, la que corresponde a los **gastos** ordinarios por actividad escolar y universitaria, tales como libros, matrículas y cualesquiera otros de tal naturaleza que sean previsibles al comienzo del curso escolar.

(ii) Que tampoco puede mantenerse la pensión que el recurrido venía abonando y que la sentencia de primera instancia no modificó, ascendente a 280 euros mensuales, pues la sentencia recurrida ha estimado que existe un cambio sustancial de circunstancias para aminorarla -escaso incremento de los ingresos del obligado y aumento de su carga familiar-, y, sin embargo, tal decisión no es objeto de impugnación en el recurso de casación, que se contrae a los **gastos** extraordinarios a que hemos hecho mención; por lo que debe mantenerse lo resuelto.

4.- A partir de ambas consideraciones procede casar parcialmente la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, fijar la pensión mensual en 250 euros, como consecuencia de la estimación prorrateada de los **gastos** escolares a que hemos hecho referencia.

TERCERO.- Conforme prevé los arts. 394.1 y 398.1 LEC no procede imponer las costas a la parte recurrente, ni hacer expresa condena en las costas causadas en ambas instancias.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Graciela contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén el día 7 de julio de 2016 dictada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de La DIRECCION000 de 9 de diciembre de 2015. **2.-** Casar parcialmente la sentencia recurrida y, en consecuencia, fijar la cuantía de alimentos de la hija menor Esmeralda en la cantidad de 250 euros mensuales, actualizables conforme al IPC anualmente. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia con la salvedad de los **gastos** escolares sobre los que ha decidido el recurso de casación. **3.-** No se impone a la parte recurrente las costas del recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ