

Procedimiento: Recurso de apelación

Sentido del fallo: Estimación parcial

PTE.: González Sánchez, Julián Ángel

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE DIRECCION000, en fecha 04/04/2018, se dictó Sentencia y Auto de Aclaración en fecha 12/04/2018 cuyas partes dispositivas **son** como sigue: " ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Dña. Elena Nadal Mora, en nombre y representación de D. Argimiro, DEBO MODIFICAR Y MODIFICO el régimen de entregas y recogidas previsto en la Sentencia de divorcio de fecha 3 de noviembre de 2016, dictada en los autos de divorcio n.º 23272016, acordando que:

- las entregas y recogidas de los menores se efectúe de manera alterna por los progenitores, de modo que un fin de semana **será** el padre el que se ocupe de efectuar las recogidas y entregas de sus hijos en DIRECCION001, debiendo efectuar la recogida bien a la salida del centro escolar si resulta compatible con su horario laboral y horarios de tren, bien en el domicilio materno o de los abuelos maternos, en caso de que la madre no pueda estar con sus hijos por razones de trabajo, en la hora que indique el padre con suficiente antelación, y el siguiente fin de semana, **será** la madre o persona designada por la misma la que se encargue de llevar y recoger a sus hijos a la estación del AVE de Alicante, continuándose con la alternancia establecida durante los periodos vacacionales, todo ello salvo mejor acuerdo de los progenitores.

-la consideración como **gasto extraordinario** de la actividad extraescolar de fútbol y gimnasia rítmica que realizan los menores.

-el mantenimiento de la pensión de alimentos acordada en Sentencia y resto de medidas vigentes.

No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales."

" ESTIMANDO la petición formulada por la Procuradora Dña. Raquel Garre Luna, en nombre y representación de Dña. Estefanía, SE ACLARA el Punto Primero del Fallo de la Sentencia dictada quedando redactado en los siguientes términos:

-"las entregas y recogidas de los menores se efectuará de manera alterna entre los progenitores, de modo que un fin de semana **será** el padre el que se ocupe de efectuar las recogidas y entregas de sus hijos en DIRECCION001, debiendo efectuar la recogida a la salida del centro escolar de los menores y, si no pudiera acudir a la hora de salida, los recogerá en el domicilio materno y si la madre de los menores no pudiera tenerlos en su compañía hasta que el padre acuda a recogerlos, deberá acudir a recogerlos al domicilio de sus progenitores (abuelos paternos); y deberá reintegrar a los menores en el domicilio materno; en el supuesto de que, la madre no pueda estar presente en el momento de la entrega, deberá procurar bien que una tercera se encargue de recogerlos en su domicilio o si no pudiera **ser** posible, serán sus progenitores (maternos) los que se encarguen de recoger a los menores en su domicilio. El siguiente fin de semana alterno, le corresponderá a la madre llevar y recoger a sus hijos a la estación del AVE de Alicante, si ella no pudiera efectuar el viaje por motivos laborales, deberá procurarse la ayuda necesaria para efectuar la entrega, bien recurriendo a sus progenitores bien recurriendo a la tercera persona que designe en su nombre.

Se continuará con la alternancia establecida durante los periodos vacacionales".

Y se ACLARA el Punto segundo de la Sentencia, incluyendo como **gasto extraordinario** las clases de repaso de los menores.

ESTIMANDO PARCIALMENTE la petición formulada por la Procuradora Dña. Elena Nadal Mora, en nombre y representación de D. Argimiro, SE RECTIFICA la Sentencia de modo que DONDE DICE " DIRECCION002" , DEBE DECIR " DIRECCION003

SEGUNDO.-

Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandante se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 24 de octubre de 2019 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.

TERCERO.-

Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Objeto del recurso.

Se interpone por la parte actora recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que, estimando parcialmente la demanda, acuerda la modificación del régimen de entregas y recogidas previsto en la resolución que declaró disuelto el matrimonio por divorcio de los litigantes, la consideración como **gasto extraordinario** de la actividad extraescolar de fútbol y gimnasia rítmica que realizan los hijos y el mantenimiento de la pensión alimenticia fijada en aquella; solicitando que, con estimación del recurso, se revocase la resolución recurrida modificando el régimen de recogidas, entregas y desplazamientos de los menores, reduciendo la pensión alimenticia de éstos y determinando la improcedencia de qué actividades extraescolares de sus hijos deben **ser** atendidas por él.

La parte demandada, oponiéndose al recurso de apelación, impugna la citada sentencia solicitando la desestimación del mismo y que, estimando la impugnación formulada, incremente la pensión alimenticia de cada uno de sus hijos en 50 € mensuales.

El Ministerio Fiscal, oponiéndose al recurso y a la impugnación efectuados, ha interesado la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.-

Requisitos necesarios para la modificación de medidas.

El **número tercero del artículo 90 del Código Civil establece en su primer inciso** que "las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán **ser** modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges", teniendo contenido similar el artículo 91 del mismo texto legal.

Por su parte, el **artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463)** dispone que "el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

La jurisprudencia se ha encargado de perfilar los requisitos que deben concurrir para que pueda entenderse que se han modificado las circunstancias que originariamente se tuvieron en cuenta para la adopción de las medidas. Estos requisitos **son** :

- 1º Que los hechos en los que se base se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas.
- 2º Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.
- 3º Que el cambio de circunstancias sea permanente o, al menos, que no obedezca a una situación transitoria.
- 4º Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación.
- 5º Que se acredite en forma el cambio de circunstancias.

La prueba de tales extremos ha de correr a cargo de aquél que insta la modificación, siendo doctrina reiterada de esta Sala que "en estos procedimientos, muy especialmente, rige la carga de la prueba, según la cual todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de **ser** objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe **ser** completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio <<incumbit probatio qui dicit, non qui negat>>, en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no **son** susceptibles de demostración por su propia naturaleza" e, igualmente que "en los supuestos, como el de autos, en los que se pretende una modificación, por alteración de las circunstancias, se ha de **ser** especialmente exigente en cuanto a la probanza de tal alteración, ya que, en caso contrario, se está fomentando el que se firmen convenios con la plena seguridad de que, más tarde, fácilmente se logrará modificar el mismo" (Sentencias de 18 de mayo de 2006, 13 de marzo y 28 de junio de 2007, 22, 24 y 29 de octubre, 12, 14 y 26 de noviembre y 10 de diciembre de 2018 y 6 y 11 de marzo y 3 y 10 de abril de 2019, entre otras muchas).

TERCERO.-

Régimen de traslados y desplazamientos de los menores en cumplimiento del régimen de visitas.

No es objeto de discusión que el padre ha trasladado su residencia a Madrid por motivos laborales, lugar en el que permanecerá en los próximos años -a tres se alude en la demanda-, traslado que si bien no altera la localidad en la que sus hijos permanecerán en su compañía en cumplimiento del régimen de visitas, DIRECCION003, si tiene incidencia, como se señala en la sentencia recurrida, con objeto de determinar el lugar y el modo de recogida de los niños, dadas las consideraciones expuestas en ella, que se dan por reproducidas en esta alzada.

Por ello, valorando las circunstancias concurrentes opta por "una solución equitativa entre las partes", estableciendo una alternancia entre ellas, solución que se comparte y asume en la presente resolución, al no resultar desvirtuada por ninguno de los argumentos expuestos por el padre en su recurso de apelación, pues no puede olvidarse que, evidentemente, él efectuará mayores desplazamientos, pero tal circunstancia obedece, de un lado, a

que ha sido él quien ha trasladado su residencia a Madrid y, de otro, que ha expresado su deseo de que las visitas se desarrollen no en dicha localidad sino en DIRECCION003.

Sin que, por otra parte, continuar con la alternancia durante los períodos vacacionales suponga incongruencia alguna, toda vez que el principio primordial del favor filii permite a los Tribunales no ajustarse a la necesaria congruencia exigible en otro tipo de procedimientos, de manera que el régimen de visitas de los hijos menores no está sujeto al principio dispositivo, sino que es un elemento de derecho necesario, derivado de la especial protección que se les debe dispensar en el ámbito del Derecho de Familia, dada la existencia de razones de interés público.

La jurisprudencia es pacífica al respecto. Ya la STC, Sala 2ª, de 10 de diciembre de 1984 puso de manifiesto el "carácter de todo proceso matrimonial, en el que se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, precisamente por derivar y **ser** un instrumento al servicio del Derecho de familia". Y la STS, Sala 1ª, de 21 de mayo de 2012 señala que "no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá **ser** decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales".

CUARTO.-

Pensión alimenticia.

Como se ha expuesto en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, mientras el padre interesa la reducción de la pensión alimenticia de sus hijos en 50 € mensuales para cada uno, la madre interesa su incremento en la misma cantidad, pretensiones que fundamentan, respectivamente y en esencia, en los mayores gastos que soportará aquel como consecuencia del traslado y en el incremento de sueldo derivado del mismo, y que **son** desestimadas en la resolución recurrida, pronunciamiento que debe confirmarse en esta alzada.

Es cierto que los ingresos del padre **son** superiores en su nuevo destino, pero tal incremento no es tan elevado como para justificar un aumento de la pensión alimenticia de sus hijos (la comparación de las nóminas de enero, febrero y marzo de 2018 y 2019 denota que mientras en éste los ingresos netos ascienden a 2.9546,12 €, en aquel eran algo inferiores, concretamente de 2.729,79 € en enero y febrero y de 2.683,25 € en marzo -folios 123 y siguientes-), máxime teniendo en cuenta que en su nuevo destino deberá soportar gastos que no tenía antes del cambio de residencia. Tales gastos, sin embargo, no pueden implicar, como pretende, una disminución en aquella, pues, tal y como se señala en la resolución recurrida, no se justifican costes de la vivienda en la que reside. Si a ello se une que no se acredita que los gastos de los menores hayan experimentado modificación alguna con respecto a los que existían al tiempo de adoptarse la medida hoy debatida, la conclusión no puede **ser** otra que la adoptada por la sentencia recurrida.

A lo expuesto no obsta la situación de desempleo en la que afirma se encuentra la madre toda vez que tal situación es en la que estaba al tiempo del divorcio, como se afirma la sentencia recurrida (fundamento de derecho tercero), y, como ella misma señala en su impugnación, carece de un trabajo estable, al igual que entonces, siendo llamada de forma eventual, lo que supone la alternancia de períodos de empleo y desempleo.

QUINTO.-

Gastos extraordinarios.

Se entiende por **gastos extraordinarios**, dispone la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 3 de enero de 2007, "aquellos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de **ser** vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista". Dicho concepto es reiterado en numerosas resoluciones de la misma Sección (entre otras muchas, Autos de 6 de octubre de 1998, 11 de octubre de 2002, 10 de febrero y 9 de mayo de 2006, 25 de abril de 2008, 15 de febrero de 2011, 4 de mayo y 19 de noviembre de 2012 y 10 de febrero de 2015, y Sentencias de 10 de julio y 28 de septiembre de 2001, 16 y 19 de mayo y 19 de junio de 2006, 23 de febrero y 19 de marzo de 2007, 22 de febrero de 2011, 1 de marzo de 2013 y 26 de septiembre de 2014) e, igualmente, recogido por esta Sala (Autos de 14 de abril de 2011, 29 y 31 de mayo y 9 de julio de 2012, y Sentencias de 20 de julio de 2011 y 3 y 5 de julio de 2012) y por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 7 de mayo de 2012.

No procede, por tanto, especificar en la sentencia que pone fin a un proceso matrimonial o de guarda y custodia los gastos que tienen el carácter de extraordinarios y aquellos que carecen de tal conceptualización, toda vez que la propia naturaleza y variedad de las necesidades que pueden **ser** cubiertas por los **gastos extraordinarios** impide no solo una enumeración exhaustiva de los mismos, sino también su cuantificación, y exige, en numerosas ocasiones, que, en cada momento y para cada caso concreto, atendidas las circunstancias concurrentes y a falta de acuerdo de los progenitores, se determine si el gasto es o no extraordinario.

En este sentido, la [Sentencia de esta Sala de 9 de enero de 2019](#) (reiterando lo dicho, entre otras muchas, en Sentencias de 10 de noviembre de 2005, 13 de octubre de 2008, 20 de julio de 2011 y 30 de enero de 2017) señala que "el problema que, además, se plantea con estos **gastos extraordinarios** es que, muchas veces, una de las partes quiere que se especifiquen ya en la sentencia cuáles tienen el concepto de gastos extraordinarios y cuáles no; es decir, pretenden una relación exhaustiva en la propia sentencia, cuestión esta que de forma reiterada es rechazada por los Tribunales dado que los **gastos extraordinarios son** un concepto jurídico indeterminado, que no permite determinarlos totalmente a priori, y, en general, sólo pueden concretarse cuando sucede el evento, por lo que no procede hacer una lista de los mismos en la sentencia y sí solo establecer la proporción en que deben contribuir los progenitores".

Y en parecidos términos se manifiestan, entre otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Sección 12ª, de 14 de julio de 2006;

Badajoz, Sección 2ª, de 6 de julio de 2010; Baleares, Sección 4ª, de 20 de abril de 2015; Cáceres, Sección 1ª, de 12 de mayo de 2011; Castellón, Sección 2ª, de 2 de noviembre de 2006; León, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2011; Madrid, Sección 24ª, de 29 de septiembre de 2005 y, Sección 22ª, 10 de julio de 2012 y 11 de marzo de 2014; Murcia, Sección 5ª, de 10 de junio de 2014 y Segovia, Sección 1ª, de 14 de diciembre de 2012.

Tales consideraciones suponen que deba suprimirse el pronunciamiento contenido en la sentencia relativo a la consideración como **gasto extraordinario** de la actividad extraescolar de fútbol y gimnasia rítmica que realizan los menores y de las clases de repaso de éstos; sin perjuicio, lógicamente, de que cualquiera de las partes pueda acudir, en su caso, al incidente previsto en el artículo 776.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463).

SEXTO.-

Costas.

La estimación parcial del recurso de apelación conlleva la no imposición de costas al apelante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463).

La desestimación de la impugnación debería conllevar conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463), que se remite al artículo 394 del mismo texto legal, la imposición de costas a la parte recurrente. No obstante, la Sala, siguiendo el criterio mantenido por ésta y otras Audiencias, en atención a la naturaleza de las pretensiones planteadas en materia matrimonial y paterno-filial, acuerda la no imposición de costas y, en consecuencia, cada parte asumirá las causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey

Ha decidido:

Primero.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elena Nadal Mora, en nombre y representación de D. Argimiro, contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 de 4 de abril de 2019 (aclarada por Auto de 12 de abril de 2019), suprimiendo el pronunciamiento relativo a la consideración como **gasto extraordinario** de la actividad extraescolar de fútbol y gimnasia rítmica que realizan los menores y de las clases de repaso de éstos.

Segundo.- Desestimar la impugnación formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Raquel Garre Luna, en nombre y representación de Dña. Estefanía, contra la citada sentencia.

Tercero.- Confirmar la citada resolución en el resto de sus pronunciamientos.

Cuarto.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el plazo de veinte días, contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (EDL 2009/238888); salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el cual deberán acreditar, al efectuar cualquier solicitud ante el Tribunal superior.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370102019100707

Conceptos

Pensión de alimentos como efecto de la nulidad matrimonial, separación o divorcio

- Cuantificación de la prestación de alimentos entre parientes

Ejecución forzosa de gastos extraordinarios no previsto en las medidas familiares