

**Resumen**

*La AP estima en parte los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda, revoca en parte la misma, y en su virtud los gastos extraordinarios deben ser atendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la SS o seguro privado, y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad. Los gastos no necesarios, como los extraescolares, que no son extraordinarios, requieren acuerdo, y en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial. No ha lugar a reducir ni incrementar la pensión de alimentos a favor del hijo menor, dado que la cantidad fijada es adecuada y proporcional. No procede reducir el sistema de comunicación paterno filial, pues no consta que el interés del menor se vea perjudicado, ni se acredita el incumplimiento grave de los deberes por parte del progenitor no custodio.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.76 , art.135 , art.143 , art.264 , art.265 , art.267 , art.271  
RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.94

**ÍNDICE**

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

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

- UNIONES DE HECHO
  - EN CATALUÑA
  - SEPARACIÓN O RUPTURA
  - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS
    - Alimentos
    - Guarda y custodia
    - Visitas

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Madre,Padre; Desfavorable a: Madre,Padre  
Procedimiento:Apelación, Juicio verbal

**Legislación**

Aplica art.76, art.135, art.143, art.264, art.265, art.267, art.271 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
Aplica art.94 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita art.1.3, art.2, art.394.2, art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

**Jurisprudencia**

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos STS Sala 1ª de 11 febrero 2011 (J2011/8439)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos STSJ Cataluña de 11 diciembre 2008 (J2008/372106)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Guarda y custodia STC Sala 1ª de 22 diciembre 2008 (J2008/253070)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos STSJ Cataluña de 30 mayo 2007 (J2007/374353)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDAS interpuestas por Abelardo y Constanza, acordando las siguientes medidas definitivas:

### I) PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA DEL HIJO DE LA PAREJA.

La guarda y custodia del hijo de la pareja, Aurelio, se atribuye a la madre, quedando la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

### II) RÉGIMEN DE VISITAS DE LA HIJA DE LA PAREJA A FAVOR DEL PADRE.

El padre podrá tener en su compañía a su hijo durante los siguientes periodos:

- a) Fines de semana alternos, desde la salida del menor de la guardería o centro escolar el viernes hasta las 20 horas del domingo.
- b) Dos tardes intersemanales, concretamente martes y jueves, desde las 17 horas hasta las 20 horas.
- c) Períodos vacacionales: el padre podrá tener al menor durante la mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, eligiendo la mitad (primera o segunda) el padre los años pares y la madre los años impares.

En todos los casos el menor será recogido del domicilio materno, salvo la tarde de los viernes, en que tendrá lugar en la guardería o centro escolar, y el reintegro deberá efectuarse igualmente al domicilio materno.

### III) USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

No procede emitir pronunciamiento sobre dicho extremo.

### IV) ALIMENTOS DEL HIJO.

El padre contribuirá al sostenimiento del menor mediante el pago de una pensión de alimentos de DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS mensuales. La pensión deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que la madre designe a tal efecto, y su cuantía se actualizará anualmente según las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo o índice que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios que genere el menor se satisfarán por mitad entre ambos progenitores.

No procede expreso pronunciamiento sobre las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes mediante sus escritos motivados, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 29 de junio de 2011.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia. VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> MYRIAM SAMBOLA CABRER.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los que siguen,

PRIMERO.- La sentencia dictada en juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos y cuya parte dispositiva consta transcrita en los antecedentes de hecho de la presente resolución es recurrida por ambos litigantes. El Sr. Abelardo porque discrepa de la valoración de la prueba practicada y relativa a la capacidad económica de ambos progenitores e interesa se fije la pensión de alimentos a su cargo en 175 euros al mes en lugar de los 250 euros que establece la sentencia apelada. La Sra. Constanza recurre también el pronunciamiento relativo a la pensión de alimentos para el hijo común menor de edad y pretende se aumente la cuantía hasta 450 euros mensuales. También combate la amplitud excesiva del régimen de comunicación paterno-filial. El Ministerio Fiscal se opone a ambos recursos e interesa la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En cuanto a la pensión de alimentos, la sentencia recurrida establece en 250 euros mensuales la pensión de alimentos que debe ser satisfecha por el padre a favor del hijo común y añade en el fundamento tercero que "los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores, entendiéndose por tales los sanitarios no cubiertos por la seguridad social y los extraescolares prescritos por el centro escolar del menor". En el fallo se indica al respecto únicamente que los gastos extraordinarios que genere el menor se satisfarán por mitad entre ambos progenitores.

De conformidad con lo establecido en el artículo 76.c) del Código de Familia de Catalunya (CF), debe fijarse una cantidad en concepto de alimentos en el sentido más amplio, pues ambos padres tienen en virtud de la potestad derivada de la filiación el deber de cuidar a los hijos, de convivir con ellos y de prestarles alimentos en el sentido más amplio, de educación y de formación integral como señala el artículo 143 del mismo texto legal, lo que debe verificarse atendiendo a lo dispuesto en los artículos 259 CF respecto a su contenido, y 267 CF respecto a su cuantía, siendo este último artículo el que dispone que ésta se determinará en proporción a las necesidades del alimentista, los medios económicos y las posibilidades de la persona o personas obligadas a su prestación. Y señala que cabe la moderación judicial en relación con una o más personas obligadas con el incremento proporcional de las obligaciones de las restantes. Aunque la obligación de prestar alimentos corresponde a ambos progenitores mancomunadamente, para su distribución deberá atenderse a la proporción que mejor se ajuste a sus recursos económicos y a sus posibilidades según señala el artículo 264 del CF.

Como reiteradamente viene declarando el TSJC, el artículo 267 CF establece que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de los alimentistas y a los medios económicos de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que ha de considerar el binomio "necesidad" del que ha de recibirlos y "posibilidad" del que ha de satisfacerlos, por lo que en cada caso concreto deben ponderarse los dos factores a tener en cuenta respecto del obligado al pago, sus recursos propios, sus posibilidades, sus medios económicos e incluso las rentas y su patrimonio como se desprende de los artículos 264.1, 265, 267.1 y 271.b) CF. ( Sentencia del TSJC de 11 de diciembre de 2008 EDJ 2008/372106 con cita de las de 24 de febrero y 5 de septiembre de 2005,y 30 de mayo de 2007 EDJ 2007/374353 )

En este caso considerados los hechos acreditados y consignados en la sentencia recurrida a la luz de la jurisprudencia citada no se advierte error en la ponderación de los factores que deben ser tomados en consideración para su fijación. La reducción pretendida por el Sr. Aurelio supondría acercar la cuantía de la pensión de alimentos para el hijo común al mínimo vital lo que no es atendible pues además de la pensión de 850 euros mensuales por invalidez absoluta que percibe el recurrente, lo que ocurre desde el año 1996, tiene otros medios de vida como se desprende de los ingresos en metálico realizados en la cuenta de la adversa durante el año 2009 por importe total de 12.000 euros, (sin que haya acreditado el Sr. Aurelio que ese metálico no le pertenecía como afirma), del documento de fecha 31 de agosto de 2009, obrante al folio 289, de renuncia al contrato de alquiler de un local de negocio y también de los gastos que afronta, un alquiler de 550 euros, aunque compartido y un préstamo personal. Tampoco cabe el incremento que persigue la Sra. Constanza en su recurso y que supone doblar el importe de la pensión de alimentos, obviando la contribución que le corresponde, porque la prueba documental en la que se funda para acreditar que los ingresos mensuales del Sr. Aurelio ascienden a 3000 euros es insuficiente pues consiste en unas fotocopias en las que se reflejan de forma manuscrita entradas de diversos productos y unos importes sin constar el nombre del establecimiento ni las fechas.

Por último y respecto a esta cuestión se advierte que la sentencia recurrida contiene en su fundamento tercero una previsión y regulación de gasto extraordinario y extraescolares incompleta, que no se ajusta al concepto que de tal gasto viene reiterando esta Sala en numerosas resoluciones.

De este modo y en este caso la Sala debe integrar de oficio, al estar en juego los intereses de los menores, el concepto de gastos extraordinarios que la sentencia de primera instancia establece debiéndose indicar que "los gastos extraordinarios deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso. Sólo los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial"( Sentencia de esta Sala de fecha 21 de octubre de 2010).

Dicho lo cual debe confirmarse que los gastos extraordinarios de los menores deben ser sufragados por partes iguales entre ambos progenitores como la sentencia recurrida señala en el fallo, con las prevenciones expuestas.

TERCERO.- La Sra. Constanza discrepa también de la extensión del régimen de visitas y de comunicación intersemanal entre el hijo común, Aurelio de 4 años de edad, y el progenitor no custodio y pretende se reduzca a un día intersemanal sin pernocta en lugar de dos y el fin de semana sea de sábado y domingo en lugar de viernes a domingo. Funda tal restricción en el clima de conflictividad existente entre los progenitores y en que el sistema establecido genera demasiado contacto entre ambos progenitores. Sin embargo ello no es razón suficiente pues no hay constancia de que el interés del menor se vea perjudicado con el sistema de comunicación establecido y no puede primar el interés o comodidad de la madre sobre el del hijo común. Y tampoco se acredita el incumplimiento grave de los deberes por parte del progenitor no custodio. No puede desconocerse que, como señala el Tribunal Constitucional en la STC 176/2008, de 22 diciembre EDJ 2008/253070 "la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil EDL 1889/1 como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Tales consideraciones son aplicables también a la regulación contenida en la legislación catalana aplicable al supuesto debatido y recogida en el artículo 135 del Código de familia de Catalunya. Y como señala la reciente sentencia del TS de fecha 11 de febrero de 2011 EDJ 2011/8439 , "Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos". La referida sentencia se refiere también a la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores que "contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa".

CUARTO.- La precisión efectuada respecto al concepto de gasto extraordinario y extraescolar conectada con el pronunciamiento relativo a la pensión de alimentos objeto de recurso por ambos litigantes comporta que no proceda efectuar especial declaración sobre las costas causadas en esta alzada y correspondientes a ambos recursos. (artículos 394.2º y 398.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463).

## FALLO

Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por D. Abelardo y D<sup>a</sup> Constanza contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Cerdanyola del Vallès en autos de juicio verbal num. 348/2009 de que el presente rollo dimana, debemos integrar la resolución recurrida en el único sentido de hacer constar que los gastos extraordinarios deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no

incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad. Los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

Los restantes pronunciamientos permanecen invariables.

No procede efectuar especial declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC. EDL 2000/77463 También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (DF. 16ª, 1.3ª LEC EDL 2000/77463 ). El/los recurso/s debe/n ser preparado/s ante esta Sección en el plazo de CINCO DÍAS.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

Publicación. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370122011100467