

## Resumen

*Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y desestima el interpuesto por el demandado contra la sentencia de instancia, que acuerda las medidas paterno filiales en relación los hijos menores de los litigantes, aumentando la cuantía de la pensión compensatoria en atención a las circunstancias de los menores y la capacidad económica del demandado, rechazando la Sala la pretensión del demandado que se concreten los gastos extraordinarios de los menores, puesto que tales gastos pueden estar integrados por conceptos variados y sin numerus clausus, no siendo procedente especificarlos, debiendo estarse al caso concreto.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 3/1997 de 9 junio 1997. Familia, Infancia y Adolescencia, C.A. Galicia  
art.3.3

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### UNIONES DE HECHO

#### MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

Alimentos

Visitas

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa; Desfavorable a: Esposo

Procedimiento:Apelación, Juicio verbal

### Legislación

Aplica art.3.3 de Ley 3/1997 de 9 junio 1997. Familia, Infancia y Adolescencia, C.A. Galicia

Cita art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 3/1997 de 9 junio 1997. Familia, Infancia y Adolescencia, C.A. Galicia

Cita art.10.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.176 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP Tarragona de 20 febrero 2009 (J2009/196653)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP Cáceres de 12 marzo 2009 (J2009/23783)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP La Coruña de 10 septiembre 2008 (J2008/206004)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP La Coruña de 3 octubre 2007 (J2007/264152)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP La Coruña de 2 mayo 2007 (J2007/120989)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP La Coruña de 14 marzo 2007 (J2007/37026)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas STS Sala 1ª de 9 julio 2003 (J2003/50762)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP La Coruña de 12 junio 2002 (J2002/53075)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP Navarra de 22 abril 2002 (J2002/19456)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP Madrid de 10 julio 2001 (J2001/44602)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas STS Sala 1ª de 27 marzo 2001 (J2001/5525)

Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Alimentos, UNIONES DE HECHO - MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS - Visitas SAP Madrid de 6 octubre 1998 (J1998/39322)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Estimar parcialmente la pretensión de medidas definitivas derivadas de la unión de hecho solicitadas por Dª Magdalena contra D. Eugenio, acordando judicialmente las siguientes medidas personales y patrimoniales: 1.-Se declara la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los menores en ambos progenitores, atribuyendo la guarda y custodia a la madre, Sra. Magdalena . 2.- En materia de régimen de visitas, se reconoce el derecho del padre, D. Eugenio, de visitar y relacionarse con sus hijos menores de edad; los fines de semana alternos desde las 10:00 horas de la mañana hasta las 20 horas de la tarde los sábados y domingos sin pernocta en el domicilio paterno, además de dos días intersemanales que vendrán establecidos de mutuo acuerdo entre los progenitores teniendo en cuenta los horarios laborales de ambos, así como las actividades escolares y extraescolares de los menores. 03.-En concepto de pensión alimenticia, se impone la obligación al padre, D. Eugenio, de abonar en beneficio de sus hijos menores, la cantidad que deberá ser abonada mediante ingreso en la cuenta bancaria que la Sra. Magdalena designe al efecto, en los cinco primeros día del mes, junto con la obligación de abonar la mitad de los gastos extraordinarios que se devenguen del cuidado y desarrollo de los menores. Esta cantidad se actualizará periódicamente cada año según las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo del Instituto Nacional de Estadística". Aclarado por Auto de 4 febrero 2008 en el sentido siguiente: "Las entregas y recogidas de los menores deberán realizarse en el domicilio materno. -Los dos días intersemanales a favor del padre para relacionarse con sus hijos, a falta de acuerdo, se establecen los días lunes y martes en atención a las actividades escolares de los menores. -La pensión alimenticia acordada a favor de los menores e impuesta D. Eugenio, deberá ser reclamada a partir de la fecha de interposición de la demanda civil de medidas definitivas. -La pensión alimenticia deberá procederse a hacer efectiva en el número de cuenta siguiente: La Caixa NUM000 ".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes en base a las alegaciones que son de ver en los escritos presentados.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularan adhesión o se opusieran al mismo, ambas se opusieron respectivamente a los respectivos recursos. Por el Ministerio Fiscal se solicitó la confirmación de la Sentencia recurrida.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A los efectos decisorios del presente litigio es necesario partir de la base de que las medidas relativas a los hijos del matrimonio han de adoptarse siguiendo el principio del "favor filii", es decir atendiendo, de forma preferente, a su interés y beneficio, al que queda subordinado el de sus progenitores. Este principio, que constituye una regla áurea en los procesos de familia, se encuentra también reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España y que, por lo tanto, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como la Convención de 20 de noviembre de 1989, relativa a los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo art. 3.1 se establece que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", expresión normativa que se repite a lo largo del articulado del Tratado. Son otras manifestaciones de tal principio en nuestro derecho positivo las recogidas en los arts. 92, 103, 154, 161, 172 y 176 del CC EDL 1889/1 , y, a nivel autonómico, en la Ley 3/1997, de 9 de junio, de Protección Jurídica EDL 1997/23994 , económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia, que, en su art. 3.3, bajo el epígrafe de los principios rectores, proclama: "la primacía del interés del niño y de la niña y del adolescente y de la adolescente sobre cualquier otro interés que inspire las actuaciones públicas o privadas encargadas de su protección".

En este sentido, se ha expresado, con reiteración, la jurisprudencia (SSTS de 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983), destacando esta última resolución que: "la discrecional actuación del juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (arts 68, reglas segunda y tercera, y 73), cobra todavía mayor relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del "favor filii". Y, en el mismo sentido, la de 9 de julio de 2003 EDJ 2003/50762 , cuando dispone que "el "favor filii", es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y como dice la sentencia de 27 de marzo de 2001 EDJ 2001/5525 , es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores". De igual forma se ha manifestado en las sentencias de esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 12 de junio de 2002 EDJ 2002/53075 , 1 de octubre de 2003, 3 de abril de 2004, 7 de diciembre de 2005 o más recientemente en

las de 14 de marzo EDJ 2007/37026 , 2 EDJ 2007/120989 y 23 de mayo y 3 de octubre de 2007 EDJ 2007/264152 o 16 de julio, 10 de septiembre de 2008 EDJ 2008/206004 y 18 de febrero de 2009 entre otras.

En efecto, el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad (förderungsprinzip) como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la Carta Magna EDL 1978/3879 , en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

Dicho lo anterior apela la parte actora discrepando de la Sentencia dictada en primera instancia en relación a dos pronunciamientos que se contiene en la misma. En primer lugar respecto de la cuantía de la prestación alimenticia que se fija en la misma, que se fija en la cantidad de 220 Euros mensuales para los dos hijos comunes, de 10 y 5 años de edad aproximadamente. La parte apelante afirma que deben tenerse en cuenta que la misma carece de ingresos y que uno de sus hijos se encuentra afectado por un "síndrome de Down"; igualmente afirma que solo puede trabajar esporádicamente (como camarera) ya que debe tener cuidado de sus hijos. El motivo debe ser desestimado ya que parte de los argumentos aducidos por la apelante son tenidos en consideración por el Juzgador a quo (Fundamento Tercero C de la sentencia) que incluso prescinde dos datos que pueden tener su incidencia en este punto como es la tenencia por parte de la Sra. Magdalena de un cierto patrimonio inmobiliario (propiedades en Avilés, Asturias) así como el hecho, tampoco desdeñable, de que quien realmente convive con los menores son los abuelos maternos en la ciudad de Tarragona, mientras que la madre vive en Reus y se limita a visitarlos casi a diario pero sin tenerlos bajo su guarda y custodia directa. En relación a la minusvalía del menor, resulta probado que el mismo lleva una vida muy similar a otros menores de su edad que no presentan tal situación por lo que ello, vistas las circunstancias no supone un aspecto que en esta caso deba tener una especial relevancia para incrementar la pensión alimenticia en los términos en que lo pretende la apelante Sra. Magdalena .

Por otro lado, el pronunciamiento sobre esta pensión alimenticia es también cuestionada por el Sr. Eugenio, el cual alega que percibe únicamente la cantidad de 800 Euros mensuales por su trabajo como encofrador, que próximamente a va a tener otro hijo fruto de una posterior relación y que está pagando un préstamo. En todo caso el criterio del Juzgador a quo debe ser revisado a la alza al considerar que el progenitor no custodio debe contribuir, en concepto de alimentos, en la cantidad de 150 Euros mensuales por hijo, es decir, por un total de 300 Euros, siguiendo el criterio de esta Sección, ya recogido entre otras en SAP Tarragona, de 20 de febrero de 2009 EDJ 2009/196653 por el que se considera que los préstamos y créditos de los obligados al pago de alimentos para los hijos, que deben ser pospuestos al cumplimiento de la obligación primaria y básica que el deber de alimentar a los hijos supone.

SEGUNDO.- Coinciden las apelantes en discrepar de la Sentencia dictada en primera instancia respecto del pronunciamiento del Juzgador a quo sobre el régimen de visitas, que se considera por ambas partes debe ser atribuido con inclusión de la pernocta de los menores con el padre durante la noche del sábado al domingo de aquellos fines de semana que el mismo los tuviera bajo su guarda. Teniendo en cuenta que el derecho de visitas del progenitor no custodio es no solo un derecho sino también un deber lo cierto es que el Juzgador lo fijó siguiendo los criterios manifestados por el correspondiente equipo técnico de asesoramiento, y teniendo como principio rector el interés de los menores implicados si bien es cierto que los informes técnicos emitidos se inclinan por incrementar, en un futuro cercano, este régimen de visitas a favor del padre, dato que permite sin duda y sin alterar en forma alguna las relaciones paternofiliales que los hijos puedan pernoctar con el padre aquellos fines de semana en los que tenga atribuida la guarda y custodia de los mismos, de forma que se intensifique progresivamente la relación entre ambos con el consiguiente beneficio en la formación integral de los mismos por lo que debe ser estimado en este punto.

En relación a la modificación pretendida por el Sr. Eugenio respecto de la fijación de dos días de visita intersemanales, debe mantenerse el criterio del Juzgador a quo basó en la existencia de obligaciones escolares de los menores en otros días que dificultan que este derecho pueda ejercerse en la forma pretendida por el apelante.

TERCERO.- En relación a la apelación que formula el Sr. Eugenio respecto de la concreción de los gastos extraordinarios, como señala la SAP Cáceres de de 12.3.09 EDJ 2009/23783 , respecto a los conceptos que deben integrar los gastos extraordinarios el motivo no puede prosperar porque los conceptos que pueden integrar los gastos extraordinarios son muy variados y sin números clausus, no siendo procedente especificar los mismos, debiendo estarse al caso concreto, pues si bien no existe un concepto de gastos extraordinarios, la jurisprudencia menor considera como tales (SSAP de Madrid de 6 de octubre de 1998 EDJ 1998/39322 y 10 de julio de 2001 EDJ 2001/44602 ) "aquéllos 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 de estar 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". De similar forma se expresa la sentencia de 22 de julio del mismo Tribunal, cuando indica que es gasto extraordinario el que "tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la vida del menor, en el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica y clínica, o por razón de necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica, y sin perjuicio de valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución, de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, y para cada caso concreto se resolverá la cuestión, en el supuesto en que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando entonces la intervención judicial". En el mismo sentido, la sentencia de AP de Navarra, Sección 2ª de 22 de abril de 2002 EDJ 2002/19456 . La sentencia de la AP de Tenerife, Sección 4ª, de 22 de mayo de 2002, indica que son los que ostentan las notas "de no poderse prever como futuros normales.

Por su parte la sentencia de 14 de octubre de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, reputa como tales "los distintos de los ordinarios, habituales y previsibles, no comprendidos, por tanto, en la pensión fijada por alimentos".

CUARTO.- En cuanto a lo que la parte apelante (Sra. Magdalena) denomina erróneamente hechos nuevos, se trata de una petición de pago de toda una serie de conceptos (escolarización, vestimenta, etc.) sobre los que no procede ningún pronunciamiento en esta alzada pues ya debería ser conocido que la segunda instancia no es el cauce procesal para la ejecución de resoluciones judiciales ni para la reclamación de los pedimentos que se hubieran formulado en primera instancia por lo que huelgan mayores comentarios sobre este particular que no procede ser estimado.

QUINTO.- Dada la estimación parcial del recurso de apelación formulado por Sra. Magdalena no se hace especial pronunciamiento de las costas procesales respecto del mismo. Dada la desestimación del recurso de apelación formulado por el Sr. Eugenio este deberá abonar las costas procesales causadas por el mismo siendo todo ello de conformidad al art. 398 LEC EDL 2000/77463 .

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

## **FALLO**

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por Dª Magdalena contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción 4 de Reus con fecha 12 de noviembre de 2007 revocando parcialmente la misma en el sentido de fijar la cuantía mensual que en concepto de alimentos debe contribuir el cónyuge no custodio a los hijos menores en 300 Euros confirmando los restantes pronunciamientos de la misma sin especial pronunciamiento en costas respecto de dicho recurso y con DESESTIMACION del recurso formulado por D. Eugenio con expresa imposición al mismo de las costas causadas por su recurso en la presente instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 43148370012009100204