

EDJ 2010/38028

AP Balears, sec. 4ª, S 1-2-2010, nº 32/2010, rec. 417/2009

Pte: Gelabert Ferragut, Juana María

Resumen

Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de instancia, que acuerda las medidas paterno filiales en relación al hijo común de los litigantes. Mantiene la Sala la atribución de la custodia a la madre, modificando así lo acordado en el auto de medidas provisionales previas, en atención al informe pericial obrante en autos, reduciendo la cuantía de la pensión alimenticia en atención a la capacidad económica del recurrente, y declarando que los gastos de guardería no tienen la consideración de gastos extraordinarios sino que entran dentro de la pensión alimenticia.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.142 , art.145 , art.146

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Preferencia por la madre

PAREJAS DE HECHO

Medidas en relación a los hijos

Alimentos

Guarda y custodia

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa,Esposo; Desfavorable a: Esposa,Esposo

Procedimiento:Apelación, Juicio verbal

Legislación

Aplica art.142, art.145, art.146 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398.2, art.464.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia antedicho en el encabezamiento de la presente, se dictó SENTENCIA de fecha 3 de junio de 2009, cuyo fallo literalmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. FRANCISCO HERNÁNDEZ AGUADO, en nombre y representación de Dª Gregoria, contra D. Diego, representado por la Procuradora Dª Mª DOLORES PÉREZ DE GENOVAR, debo acordar la adopción de las siguientes medidas definitivas con relación a su hijo común Iker.

1.- Se atribuye la guardia y custodia del menor a la madre quien compartirá con el padre el ejercicio de patria potestad y corresponsabilidad parental sobre el mismo.

2.- El padre tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con su hijo según el siguiente régimen de visitas:

- Visitas a favor del padre todos los (sic) días, durante tres horas, que serán de 18 a 21 horas (el padre en la actualidad acaba su jornada laboral a las 19, pero ha manifestado que en breve comenzará jornada continuada).

- Fines de semana alternos, desde el sábado a las 10:00 hasta el domingo a las 20:00.

- Vacaciones de verano, meses de julio y Agosto, por periodos de quince días, empezando la madre los años pares y el padre los impares, y manteniéndose las visitas intersemanales.

- Vacaciones de Navidad y Semana Santa, divididas en dos periodos, elegirá la madre los años pares y el padre los impares, debiendo la parte a la que le corresponda elegir, manifestárselo fehacientemente a la otra con una antelación de al menos un mes.

Cuando Iker comience la guardería:

- Las visitas intersemanales serán durante tres horas, dos días, martes y jueves, respectando (sic) el horario escolar del niño.

- El resto de visitas, tanto en fin de semana como durante los periodos vacaciones permanecerán igual.

3.- El Sr. Diego contribuirá a los alimentos de su hijo abonando a la madre dentro de los primeros cinco días de cada mes, una pensión por importe de 250 €, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones experimentadas por el IPC del INE.

Ambos progenitores harán frente a una proporción del 50% todos los gastos extraordinarios que genere el cuidado y educación de su hijo. Por tales gastos se entenderán los que resulten excepcionales, imprevisibles, necesarios, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores y previamente consensuados expresa o tácitamente. Y los Gastos médicos y farmacéuticos en todo aquello que no estén incluidos por la Seguridad Social.

Todo ello sin imponer las costas del procedimiento a ninguna de las partes litigantes".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por la representación de la parte DEMANDADA recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos y, seguido éste por sus trámites, se celebró vista el día 13 de enero de 2010, a la que asistieron las partes que constan en la diligencia levantada al efecto y que figura unida al rollo.

TERCERO.- El presente correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la oficina correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La representación procesal de D. Diego se alzó contra la sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional, cuyo fallo ha sido transcrito en el primer antecedente de hecho de la presente resolución, y solicitó la revocación de la misma y que se dictara otra, en su lugar, en la que se acordara otorgar la guarda y custodia del menor al padre y reducir la pensión alimenticia del menor con cargo al progenitor no custodio en la suma de 120 euros mensuales, considerando la guardería como gasto ordinario.

Dicha parte apelante basa su recurso de apelación en las alegaciones siguientes: Que dicha parte discrepa no sólo de la tesis del juzgador de instancia sino también discrepa de la valoración de la prueba aportada y practicada que efectúa el Juez "a quo" y que da como resultado final los fundamentos jurídicos que se impugnan en este recurso.

La parte apelante en el repetido recurso y mediante otrosí solicitó la práctica de la prueba en esta alzada, que fue admitida conforme resulta del auto dictado en el presente Rollo. Celebrándose la correspondiente vista prevista en el art. 464.1 de la LEC EDL 2000/77463 .

SEGUNDO.- La parte apelante alega en el primer motivo de su recurso que no existe causa justificada alguna para que en la sentencia objeto del referido recurso no se mantenga la guarda y custodia del menor a favor de dicho apelante, tal y como se acordó en el auto recaído en las medidas provisionales previas de fecha 7 de enero de 2008 . En dicha sentencia -se sigue alegando- no se ha valorado la actitud responsable que hasta la fecha ha mantenido el recurrente con su hijo. No se ha valorado el fuerte vínculo que mantiene el menor con el padre. No se ha considerado que la madre delegará a su hijo de 9 meses con la bisabuela de más de 84 años de edad, cuando la recurrida tenga que ir imperiosamente a trabajar o salir de noche. No se ha valorado la condena por malos tratos en el ámbito familiar por parte de la recurrida en este pleito. Esta parte acreditó que el menor Iker de muy corta edad, permaneció bajo el cuidado y la atención del padre, no sólo porque la recurrida golpeó y agredió al recurrente en el antiguo domicilio familiar, sino también ante la conducta incontrolada de la misma. Esta parte acreditó que fue el propio recurrente quien inició ante el Juzgado de Mahón las medidas provisionales previas, a fin de regular la situación de ruptura creada y aprobar judicialmente la situación del menor Iker. Nada efectuó la recurrida durante este periodo, que se limitó a aceptar voluntariamente la situación de que el padre tuviera a su hijo. Esta conducta pasiva por parte de la recurrida, no es valorada por el Juez "a quo". El menor ha estado muy atendido por el padre desde que nació hasta el día 4 de junio de 2009, fecha de la sentencia que se recurre. No se aportaron a los autos, elementos importantes o variaciones substanciales para modificar radicalmente la guarda y custodia del menor Iker. Alegando, además, que aparte del informe de la psicóloga del Juzgado, Sra. Penélope, hay que tener en consideración en un tema tan extremo e importante otros medios de prueba para valorarlos conjuntamente.

TERCERO.- En cuanto a las alegaciones formuladas por la parte apelante en el referido motivo del recurso de apelación, debemos indicar que la pretendida conducta pasiva que el apelante atribuye a la apelada en relación a la guarda del menor, no puede ser aceptada y ello por lo que se expondrá a continuación.

En la demanda base del procedimiento del que dimana el presente Rollo interpuesta por el Procurador Sr. Hernández Aguado, en nombre y representación de D^a Gregoria, contra D. Diego, la actora alegó, entre otros hechos, que la relación sentimental entre los litigantes finalizó el día 12 de noviembre de 2008 cuando ambos discutieron y se enzarzaron en una pelea. Este desencuentro acabó con una condena a la Sra. Gregoria por violencia doméstica y con una orden de alejamiento de 100 metros de su ex-pareja. Que el viernes 14 de noviembre de 2008 el Sr. Diego abandonó el domicilio familiar y fijó su domicilio en casa de su madre en Maó. Que el menor quedó bajo la guarda y custodia de la madre (hecho cuarto de la demanda). Que el domingo día 16 de noviembre el Sr. Diego se personó en el domicilio familiar y acordaron con la Sra. Gregoria que se llevaría al bebé a casa de su madre a Maó a pasar el día y que por la

tarde devolvería al niño al domicilio familiar. Que el Sr. Diego no devolvió el bebé a la Sra., Gregoria; se apropió del menor contra su voluntad (hecho quinto de la demanda). Que inmediatamente esta representación interpuso demanda de medidas provisionales urgentes repartidas al Juzgado núm. 1 (autos núm. 698/2008) y que finalmente desistió por haberse señalado previamente por el Juzgado núm. 3 de Maó vista en la demanda interpuesta por el Sr. Diego . Que durante el periodo de cinco semanas hasta la celebración de la vista de medidas provisionales, el Sr. Diego no permitió a la Sra. Gregoria estar con su hijo más que cuatro visitas de una hora de duración y nunca le permitió la salida de Maó (hecho sexto de la demanda).

El hoy apelante al contestar la referida demanda y en concreto los hechos cuarto, quinto y sexto de la misma antes referidos, manifestó lo siguiente: "Cuarto al cuarto.- cierto en parte, hago propio el documento número dos aportado por la adversa. En modo alguno la Sra. Gregoria se quedó con la guarda y custodia del menor en fecha 14-11-2008, toda vez que la actora trabajaba y no podía en manera alguna atender a su hijo. Quinto al quinto.- lo cierto es que después de la discusión violenta el día 12-11- 2008, el menor era compartido entre ambos padres, de forma que la madre lo tenía unas horas y el padre el resto del día y pernoctaba con él en el domicilio de la abuela materna en Mahón. Como quiera que había discusiones para con el menor, se decidió interponer la demanda de medidas previas urgentes a fin de que el juzgador regulará de forma judicial la guarda y custodia de Iker, la demanda se interpuso el día 19-11-2008 y el juicio se celebró el día 10 de diciembre de 2008, no dictándose auto hasta el día 8 de enero del 2009 . Durante este interregno la madre vio al menor si bien siempre pernoctó en el domicilio del padre, a fin de que Iker no cambiara de cuna. Sexto al sexto.- cierto que la actora desistió de sus medidas en el Juzgado número uno autos 698/2008 .

De los referidos hechos alegados en la demanda y de su contestación a los mismos debe deducirse que, aunque no exista exacta concordancia entre unos y otros, la hoy apelada, en cuanto a la guarda del menor, no mantuvo la conducta pasiva que pretende el apelante en su recurso de apelación.

Además, la hoy apelada una vez recaído el auto en las medidas provisionales previas, fue la primera que interpuso la demanda de medidas definitivas en cuanto a la guarda y custodia del menor.

Por otra parte y en cuanto al auto recaído en las medidas provisionales previas, es cierto que en el mismo se acordó atribuir provisionalmente la guarda y custodia del menor al padre. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que según se hizo constar en los Fundamentos de Derecho del mismo dicho pronunciamiento era provisional y que era necesaria la práctica de más pruebas en orden a atribuir definitivamente a uno u otro e incluso a ambos la guarda del mismo (último párrafo del apartado 2 del Fundamento de Derecho segundo).

Tampoco de lo actuado en el procedimiento puede considerarse acreditado que la bisabuela del menor tenga 84 años según pretende el apelante en su recurso. La Sra. Gregoria en su declaración prestada en el acto del juicio manifestó que su abuela tenía 74 años. Debiéndose de tener en cuenta, por lo demás, que el apelante en su declaración prestada en el acto del juicio manifestó que su horario de trabajo era desde las 8 horas a las 14 horas y desde las 16 horas a las 19 horas. Y que cuando el trabajaba y el menor no estaba en compañía de la Sra. Gregoria, dicho menor, por las mañanas, quedaba en compañía de la madre del apelante, y por las tardes con el marido de su madre y con su hermana.

En cuanto a la prueba documental aportada en esta alzada, consistente en unas fotografías del menor y un parte médico en el que se hace constar que el menor (de 9 meses) "que es traído por presentar hematoma subgaleal desde hoy después de una contusión con el canto de la mesa", debe indicarse que de la misma no puede deducirse, según pretende el apelante en su recurso de apelación, que la madre no atiende bien a su hijo cuando está bajo su cuidado. En primer lugar, por cuanto de dicha prueba no resulta acreditado si el menor se produjo dicho golpe cuando estaba en compañía del padre o de la madre. Y en segundo lugar y principalmente, porque el hecho de que un niño de 9 meses, en cuya edad normalmente se empiezan a dar los primeros pasos, sufra un golpe no supone en manera alguna la pretendida falta de cuidado.

CUARTO.- Según hemos indicado antes, en el auto recaído en las medidas provisionales previas se hizo expresa referencia a que era preciso la práctica de más pruebas, en concreto, entre otras, el informe psicosocial, en orden a atribuir definitivamente a uno u otro e incluso a ambos la guarda y custodia del menor.

En el procedimiento del que dimana el presente Rollo se efectuó un informe psicosocial, que obra a los folio 141 y siguientes de los autos. En el mismo y en las consideraciones finales realizadas por la psicóloga del equipo psicosocial del Instituto de Medicina Legal de les Illes Balears, consta lo siguiente:

Una vez comprobado que no parece darse una falta en la competencia maternal de Gregoria, conviene asegurar que la relación entre madre-hijo se da de forma regular y adecuada (no paseando por la calle...), es decir que el niño debe poder participar de todo el espectro de rutinas y vivencias cotidianas con ambos progenitores.

Entendemos que Gregoria ha dado muestras más que suficientes de que a pesar de su juventud y falta de experiencia en algunos ámbitos cotidianos, la relación con su hijo es lo primero: no ha fallado los días de visita, ha resuelto con eficacia las restricciones que la orden de alejamiento de Diego le imponía(pidiendo favores a amigos y familiares...), sin que él se lo pusiera fácil; ha aceptado que su hijo esté con el abuelo paterno por las tardes cuando podría estar con ella, y aunque en lo personal se resiente del trato que le han dado, agradece los cuidados que dispensan a su hijo.

Tanto Gregoria como Diego necesitan, por el momento, la ayuda de sus respectivas familias para cuidar a Iker.

A la hora de aconsejar la custodia de un menor, y una vez analizadas la capacidad de los padres, hay que tener en cuenta que el hijo (especialmente un bebé) pase el mayor número de horas posible con ambos progenitores, por tanto no parece lógico que Iker esté con los abuelos paternos cuando la madre dispone de ese tiempo.

Puestos a garantizar el derecho de relación con los progenitores, en el caso que nos ocupa, y dado que la residencia no es en la misma localidad, Gregoria está en inferioridad de condiciones (no tiene carné y cuenta con menos recursos económicos) que Diego .

Otro aspecto esencial a tener en cuenta es la visión y aceptación que los padres tienen del otro progenitor, ya que ello informa de la posible facilitación de la relación entre el hijo y el progenitor no custodio, así como la visión que va a trasmitirle al hijo sobre él.

En este punto, Diego muestra una idea especialmente descalificadora sobre Gregoria como madre, idea que, de ser ciertas las informaciones recabadas, así como del análisis de la información obrante en el expediente, no se ajusta a la realidad, viviendo al hijo como una pertenencia.

Es este último punto el que nos inclina a pensar que de tener la custodia Gregoria las actuales trabas a la relación madre-hijo no van a darse a la inversa.

Por ello aconsejamos que sea la madre quien ostente la custodia de Iker.

En cuanto al régimen de visitas, proponemos que las visitas con el padre se produzcan todos los días, hasta que el niño empiece la guardería y en días alternos, cuando lo haga.

Y fines de semana alternos. En cuanto a los períodos vacacionales, por mitades, teniendo en cuenta que hasta los tres años es aconsejable que los períodos no excedan de 15 días y se garanticen el régimen de visitas con el otro progenitor.

No establecemos propuesta horaria por entender que debe acomodarse a las necesidades del bebé (siesta, hora de acostarse, etc.).

QUINTO.- La Juez "a quo" en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia apelada razona lo siguiente:

De las pruebas practicadas, en especial me remitiré al informe psicosocial practicado por el equipo forense adscrito a este Juzgado, por inmediatez (es la más cercana que se ha practicado en el tiempo), imparcialidad, y porque dicho equipo ha mantenido entrevistas con ambos progenitores, a diferencia del informe efectuado por Fátima, que también será tenido en cuenta, pero sobre el que hay que precisar, que ella solo se entrevistó con Gregoria hasta el mes de Diciembre, de hecho el informe es de fecha 10 de diciembre de 2008.

Teniendo en cuenta lo establecido en sendos informes y en las declaraciones de ambas psicólogas se concluye, que a día de hoy ambos progenitores son perfectamente capaces, en igual medida para hacerse cargo de Iker.

Dejando sentado lo precedente, ¿Qué es lo que ha variado, para que el equipo psicosocial considere que es la madre la que ahora tiene que tener la guarda y custodia del menor?.

Dos aspectos se han puesto de relevancia tanto en el informe unido a los autos, como en la declaración clara y concisa de psicóloga forense, Doña. Penélope:

Primero.- Tras su entrevista con ambos progenitores, refiere una "falta de ponderación en los juicios de Diego sobre Gregoria, falta de reconocimiento de los aspectos positivos y exaltación de los negativos". Manifiesta Doña. Penélope, tanto en el acto del juicio como en el informe forense que Diego vive a su hijo con un concepto de propiedad, esto podría derivar en la situación definida como "alienación parental" si Iker continuara bajo la guarda y custodia del padre, dada la idea especialmente descalificadora que Diego tiene sobre Gregoria, tendería a hacer desaparecer la figura materna; de hecho a día de hoy Diego que por trabajo no puede ocuparse por la mañana de su hijo, prefiere que lo cuiden sus padres antes que dejárselo a Gregoria .

Se valora por el Gabinete Psicosocial, que si fuera ella quien tuviera la guardia y custodia de Iker, "las actuales trabas que a la relación madre-hijo, no van a darse a la inversa". Además de cubrir las necesidades materiales de un niño, los progenitores están obligados a aportar una buena relación afectiva al menor, y no transmitir conceptos descalificadores hacia el otro.

Segundo.- Teniendo en cuenta que Iker es un bebé, la psicóloga aconseja que lo más positivo es que pase el mayor tiempo posible con sus padres, por lo que se concluye en el informe forense "no parece lógico que Iker esté con los abuelos paternos, cuando la madre dispone de eses tiempo". El horario de Diego es de 8 a 14 h. y de 16 a 19 h., aunque manifiesta que en la temporada de verano podría cambiar, y ser jornada intensiva.

Mientras que el horario de Gregoria es de 13:30 a 15:30. Con lo que dispondría de más tiempo para estar con su hijo, y podría, por tanto cubrir mejor la parte afectiva de Iker, que dada su edad necesita del contacto personal con sus padres, y participar de todo el espectro de rutinas y vivencias cotidianas de ambos progenitores.

Por tanto a la vista de todo ello, con el informe en el mismo sentido del Ministerio Fiscal, y por el principio del favor filii, procede atribuir la guarda y custodia de Iker a su madre, D^a Gregoria .

Se plantea, por la representación de D. Diego, de forma subsidiaria, una guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, "de la forma y modo que determine el Juzgado y Ministerio Fiscal, en virtud de dictamen de psicólogos y asistente social", al respecto, cabe decir que tanto la psicóloga forense como el Ministerio Fiscal ha informado en contra de esta posibilidad por dos motivos principalmente:

Primero.- Dada la corta edad del menor, y el hecho de que ambos progenitores vivan en municipios diferentes, supondría tener que desplazar a Iker todos los días de un lado para otro.

Segundo.- Gregoria tiene una orden de alejamiento de Diego, con lo que con dicha orden sería difícil gestionar esa situación.

SEXTO.- De lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho de la presente resolución debe concluirse, en contra de lo que pretende el apelante en su recurso, que la Juez "a quo" valoró toda la prueba practicada en el procedimiento y razonó debidamente porque consideraba que debía atribuirse la guarda y custodia del menor a la madre aunque en el auto recaído en las medidas provisionales previas se hubiera atribuido al padre. Otra cosa es que el apelante esté disconforme con la valoración de la prueba y los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia.

SÉPTIMO.- Esta Sala considera que la valoración de la prueba verificada por la Juez "a quo" y los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia son totalmente correctos y ajustado a derecho y que la conclusión a la que se llega en dicha sentencia de atribuir

la guarda y custodia del menor a la madre respeta plenamente el principio del "favor filii", haciendo prevalecer el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo.

Es por todo ello y también por lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho de la presente resolución, especialmente en el Fundamento de Derecho tercero y cuarto de la misma, por lo que debemos desestimar el motivo del recurso de apelación que ahora nos ocupa y, por lo tanto, confirmar en cuanto al mismo la sentencia de instancia.

OCTAVO.- En el siguiente motivo del recurso el apelante combate la cuantía de la pensión alimenticia a favor del hijo establecida en la sentencia de instancia, así como también que se consideren en la misma los gastos de guardería como gastos extras a abonar por mitades entre los progenitores. En cuanto a la cuantía alega que no hay razón justificable por parte del Juez "a quo", salvo la petición de la recurrida, para que se le imponga al recurrente la suma de 250 euros mensuales frente a los 120 euros mensuales que pagaba la madre, si ambos disfrutaban del mismo salario, más la mitad de la guardería infantil. Y respecto a los gastos de guardería infantil, alega el apelante que los mismos deben incluirse dentro del concepto de alimentos conforme lo dispuesto en el art. 142 del Código Civil EDL 1889/1 .

Dicha parte apelante aportó en esta alzada distintos documentos referidos a los gastos del menor, al objeto de acreditar que una pensión alimenticia en la cuantía de 120 euros mensuales a cargo del progenitor no custodio era suficiente.

Es cierto, tal y como alega el apelante en su recurso de apelación, que en el auto recaído en las medidas provisionales previas si fijó a cargo del progenitor no custodio la pensión alimenticia en la cuantía de 120 euros mensuales. Sin embargo, ello no significa que tal cuantía, fijada con carácter provisional, sea determinante a la hora de establecer la cuantía de la pensión alimenticia en las presentes medidas definitivas.

El hoy apelante en su declaración prestada en el acto del juicio manifestó que percibía un salario de 1.000 euros mensuales. Por su parte, la hoy apelada manifestó que percibía una ayuda o subsidio de 413 euros mensuales, más 480 euros mensuales por el trabajo que realizaba de fríega platos y, además, una gratificación de unos 50 euros mensuales por la enseñanza de "majorete"; lo que supone un total de unos 943 euros mensuales.

De las manifestaciones de las partes se deduce pues que su salario es parecido, aunque el del hoy apelante es un poco superior.

Por lo que se refiere a los gastos del menor debe considerarse que son los propios de un menor de su edad. Sin que de la documental aportada por el apelante en esta alzada pueda determinarse el alcance exacto de éstos ya que de la misma no puede concluirse que responda a todos los gastos que tiene el repetido menor.

Atendiendo a todo ello y a lo dispuesto en los artículos 142, 145 y 146 del Código Civil EDL 1889/1 y teniendo en cuenta que si bien, conforme lo establecido en dicho artículo 145 la madre también debe contribuir a los alimentos del menor, dicha contribución lo debe ser en menor medida que el otro progenitor habida cuenta la prestación "in natura" o en especie que ya realiza al tener bajo su guarda y custodia al menor, esta Sala considera adecuada y proporcionada fijar la cuantía de la pensión alimenticia en la cantidad de 200 euros mensuales.

Es decir consideramos excesiva la cantidad de 250 euros mensuales fijada en la sentencia de instancia pero entendemos insuficiente la cantidad de 120 euros mensuales que pretende el apelante.

Por otra parte, conforme alega el apelante en su recurso de apelación se considera por esta Sala que los gastos de guardería no pueden ser considerados como gastos extraordinarios, sino incluidos dentro del concepto de alimentos según resulta del contenido del art. 142 del Código Civil EDL 1889/1 .

Por todo ello procede estimar parcialmente en este extremo el recurso de apelación y revocar en cuanto el mismo la sentencia de instancia, acordando en su lugar: 1) Que la cuantía de la pensión alimenticia debe fijarse en 200 euros mensuales. 2) Que los gastos de guardería no deben incluirse en los gastos extraordinarios.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 de la LEC EDL 2000/77463 , no procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

En virtud de cuanto antecede,

FALLO

1) Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a DOLORES PEREZ GENOVAR, en nombre y representación de D. Diego, contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2009, dictada por la Ilma. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Maó, en el procedimiento del cual el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS en los únicos extremos que se indicarán a continuación; CONFIRMÁNDOLA en todos los demás:

A) Que la cuantía de la pensión alimenticia se fija en 200 €/mes.

B) Que los gastos de guardería no deben considerarse como gastos extraordinarios.

2) No procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sr. MIGUEL ANGEL AGUILO MONJO Sra. MARÍA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO Sra. JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT, que lo ha sido en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública señalado en el encabezamiento, doy fe.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040370042010100042