

Resumen

Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestima el interpuesto por la actora contra la sentencia de instancia, que fija las medidas paterno filiales en relación con el hijo común de los litigantes, confirmando el régimen de visitas establecido de fines de semana alternos y visita intersemanal por considerarse beneficioso para los menores, confirmando igualmente la cuantía de la pensión alimenticia por ser acorde con las necesidades de los menores, si bien acoge la Sala el recurso del demandado en cuanto que determina que las actividades extraescolares de los menores deberán ser consensuadas entre los litigantes y no sólo por la actora, puesto que el demandado ha de abonar la mitad del coste de las mismas.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.92 , art.94 , art.145 , art.154 , art.156 , art.160

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

OTRAS CUESTIONES

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo; Desfavorable a: Esposa

Procedimiento:Apelación, Juicio verbal

Legislación

Aplica art.92, art.94, art.145, art.154, art.156, art.160 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 13/2005 de 1 julio 2005. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita art.39.1, art.39.3, art.39-3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 16 julio 2002 (J2002/28318)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 9 julio 2002 (J2002/27754)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 1 marzo 2001 (J2001/1319)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 23 noviembre 1999 (J1999/35039)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 11 junio 1998 (J1998/7132)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 17 septiembre 1996 (J1996/5147)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 11 junio 1996 (J1996/3555)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 17 julio 1995 (J1995/4799)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 5 octubre 1993 (J1993/8729)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 21 julio 1993 (J1993/7469)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general STS Sala 1ª de 19 octubre 1992 (J1992/10191)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 12 febrero 1992 (J1992/1295)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 16 noviembre 1978 (J1978/421)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 9 junio 1971 (J1971/358)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - En general, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 2 diciembre 1970 (J1970/660)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por la representación procesal de Dª Elisa contra D. Adolfo y, en su consecuencia, acordar las siguientes medidas respecto de los hijos nacidos de la unión no matrimonial de los mismos, llamados Carlos José y Esperanza : 1ª) Atribuir la guarda y custodia de los dos menores a su madre, sin perjuicio de la titularidad de la patria potestad compartida por ambos progenitores, y el derecho del padre a ser informado por la madre de ser informado de cuantas cuestiones relevantes afecten a la vida, salud y educación de sus dos hijos, así como a decidir conjuntamente con la madre sobre tales cuestiones, y entre ellas la asistencia de los menores a actividades extraescolares que se desarrollen en los períodos de estancia que correspondan al padre. 2ª) Establecer el derecho del padre a comunicarse con sus hijos por cualquier medio, siempre que lo haga a horas que no perjudique el horario de los menores y las actividades escolares que desarrollan, y a tenerlos en su compañía:- un fin de semana de cada dos, desde la salida del colegio del viernes, o del jueves en caso de ser festivo el viernes, hasta la entrada al colegio el lunes, o el martes en caso de ser festivo el lunes, así como las tardes todos los jueves de la semana, y las tardes del martes siguientes al fin de semana en que los menores hayan estado con su madre, desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas, la mitad de las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad, que se dividirá en dos periodos uno de los cuales comprenderá los días de Nochebuena y Navidad y otro los días de Nochevieja, Año Nuevo y Fiesta de Reyes Magos, eligiendo los periodos en años pares la madre y en los impares el padre, debiendo comunicarse al otro progenitor la elección con un mes de anticipación, quedando a su vez el padre obligado a recoger y entregar a los menores ora en el colegio ora en el domicilio familiar, mientras que la madre deberá proporcionar al padre la ropa de los menores y otros enseres precisos para la vida diaria de los mismos. En caso que por enfermedad u otras razones de fuerza mayor el padre no pueda tener consigo a los menores, se lo comunicará a la madre para que se haga cargo de los mismos. Asimismo si durante los periodos de estancia de los menores con el padre los mismos tuvieran previsto desarrollar alguna actividad extraescolar, la madre deberá comunicarlo al padre con la debida antelación, a fin que éste adopte las medidas oportunas que faciliten tal actividad. 3ª) El padre abonará a la madre en concepto de alimentos para sus dos hijos una pensión mensual de 200 euros para cada uno, esto es un total de 400 euros mensuales, en doce pagas al año y por mensualidades anticipadas, que deberán abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante su ingreso en una cuenta bancaria que designe la madre, debiendo el importe de tal pensión actualizarse anualmente y de forma automática, sin necesidad de requerimiento previo, según la variación que experimente al alza o a la baja el IPC en computo anual y estatal fijado por el INE u organismo que lo sustituya. Asimismo ambos progenitores abonaran por mitades e iguales partes los gastos extraordinarios que generen los menores, entre los cuales se deberán incluir en todo caso los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, los gastos de psicólogo y logopeda de Carlos José , y los gastos de clases de apoyo cuando éstas sean necesarias; debiendo la madre comunicar al padre por escrito el importe de tales gastos, con aportación de las facturas o justificantes de pago, entendiéndose que si en el plazo de veinte días posteriores a la notificación el padre no los impugna, quedan aceptados y deben ser pagados por el padre en los cinco primeros días del mes siguiente junto con la pensión de alimentos. No se imponen las costas del juicio a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Adolfo así como por la de Dª Elisa se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 15 de julio de 2.008 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RECURSO DE Elisa .

Esta parte recurrente impugna la sentencia de instancia con apoyo en un doble fundamento, por un lado, en la pretensión de la reducción de las visitas fijadas con el padre y, por otro, en la petición de incremento hasta 250 € por hijo de la pensión de alimentos establecido en 200 € por cada hijo.

En relación con las cuestiones planteadas: visitas, o como dice el moderno Derecho Comunitario "relaciones parentales", y alimentos de los hijos es preciso hacer algunas consideraciones previas:

1ª.- Derecho de visitas. Se trata en el art.160 CCV , en su redacción de la Ley 13/2005 de 1 de julio , de la regulación del denominado EDL 2005/76913 "derecho relacional", que concibe las relaciones entre los padres y los hijos como manifestación de un derecho y de un deber para ambos y de su consideración como beneficiosas para ambos y se mantienen con independencia del ejercicio efectivo de la patria potestad y con independencia del progenitor al que se la atribuye al guarda y custodia. Tradicionalmente se hablaba de derecho de visitas, pero en la actualidad se prefiere el concepto "Relaciones Parentales" e incluye cualquier forma de comunicación y solo se excluye por la privación de la patria potestad y por adopción

Entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 94 y 160 esencialmente del Código Civil EDL 1889/1 que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991 se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil EDL 1889/1 . Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero. De aquí igualmente la discusión científica sobre la posibilidad jurídica de acordar la supresión de tal derecho, que no se admite ni se estima factible por algunos autores, conviniendo los más en admitir tal posibilidad, de interesarlo exclusivamente el bien del menor a virtud de la concurrencia de concretas circunstancias fácticas (-ad exemplum, en palabras de la STS de 19-10-92 EDJ 1992/10191 , en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo), y cuya desaparición o modificación supondría la reconsideración de tan extrema medida.

Debe tenerse en cuenta que el régimen de visitas y estancias no se establece únicamente como un derecho de uno u otro de los progenitores sino, de modo especial, como un deber de éstos para con los hijos, procurándoles una educación integral (art. 92 CC EDL 1889/1). Los artículos 92 y 159 del Código Civil EDL 1889/1 propugnan el beneficio de los hijos en la fijación de las correspondientes medidas y régimen de visitas y, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 EDJ 1992/1295 , citando otras del mismo Tribunal de 9 de marzo de 1989 y 11 de octubre de 1991, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad, debiendo tenerse en cuenta que la patria potestad y las facultades que la misma comporta de ordinario se incluye entre los que se denominan derechos función por la especial naturaleza que les otorga su carácter social. Por último, es claro el tenor literal del artículo 160 CC EDL 1889/1 en cuanto establece que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores.

Partiendo de estas consideraciones iniciales deben de establecerse los siguientes criterios de actuación en cuanto al régimen de visitas y que sea de derecho aplicar en el presente supuesto:

a.- El llamado "derecho de visitas", regulado en el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1 , en concordancia con el art. 160 del mismo cuerpo legal, no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad exclusiva satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras a un desarrollo armónico y equilibrado.

b.- A través del derecho de visitas se pretende la continuación de la relación paternofilial, evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos.

c.- Este derecho no es incondicionado en su ejercicio, puesto que está subordinado al interés y beneficio del hijo, pudiendo ser limitado o suspendido (art. 94 CC EDL 1889/1 si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, o utilizando los términos de la STS de 17 de julio de 1.995 EDJ 1995/4799 , "en aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental, y la estabilidad emocional del menor" (así STS de 17 de julio de 1.995).

d.- En la medida en que la negación del derecho de visitas es una excepción a la regla general, de carácter imperativo, que sientan ambos preceptos, únicamente cabrá la misma cuando se entiendan acreditados los presupuestos necesarios para que la misma opere (así, en este sentido STS 21 de julio de 1993 EDJ 1993/7469 .

e.- La función tuitiva del derecho de visita, en beneficio de la formación e integración familiar y social del menor, ha sido también destacada por la jurisprudencia, que reconoce al Juez amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación «más conveniente al menor» en cada caso y momento concreto, sin carácter definitivo (S.T.S. 22 May. 1993 y 17 Sep. 1996 EDJ 1996/5147).

f.- El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Ss. T.S. de 30-4-1991, 22-5 y 21-7-1993 EDJ 1993/7469); según dispone el artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1 , el juez podrá limitar o suspender este derecho si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Tiene declarado al respecto la S.T.S. de 19-10-1992 EDJ 1992/10191 que el derecho de visitas del cónyuge separado constituye continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, argumentos que sólo ceden en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo, sin que para privar de este régimen de visitas quepa utilizar la inconciliable postura de enfrentamientos de la pareja; de semejante tenor, la S.T.S. de 9-7-2002 EDJ 2002/27754 señala que el artículo 160 del Código Civil EDL 1889/1 establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse con sus hijos, aunque no ejerzan la patria potestad, añadiendo que dicho precepto resulta imperativo al declarar que no podrán impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias.

Por su parte, la SAP de Valencia sección 10ª de 26-03-2007 dice: "la doctrina jurisprudencial en relación con lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil EDL 1889/1 que dispone taxativamente que no se podrán impedir sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, es clara. Así como ya ha tenido ocasión de exponer este Tribunal de apelación, el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 23 de noviembre de 1999 EDJ 1999/35039 afirmaba: "Como ya razonó la Sentencia de esta Sala de 11 de junio de 1996 EDJ 1996/3555 , ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores". Al tiempo, ha de tenerse presente, que, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996 EDJ 1996/5147 no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias más favorables al menor, a valorar por los Tribunales de instancia y, por ello, sin acceso a la casación. En suma, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998 EDJ 1998/7132 , que pondera la formación íntegra y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los Jueces pueden adoptar, "ex» artículo 158 del Código Civil EDL 1889/1 , se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque exceden de las meramente paternofiliales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor EDL 1996/13744 , aplicable retro activamente, por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones Internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 , ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990)." Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil EDL 1889/1) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón.

En el presente supuesto, es claro que el recurso de apelación articulado por Dª Elisa realiza un planteamiento maximalista en la valoración de las visitas asignadas al padre, pues aún siendo cierto que se trata de un amplio régimen de relación de los hijos con el padre, en ningún caso se trata, de forma directa, ni indirecta, de un régimen de "custodia compartida" a los efectos del art. 92 CCV y tampoco es un sistema relacional desmedido ó desproporcionado: ni en relación con la situación precedente, ni en relación con las fluidas relaciones de los hijos con el padre, ni se aprecia una causalidad directa y eficiente entre el régimen de visitas y el rendimiento escolar de uno de los dos hijos de los litigantes. El sistema diseñado por la sentencia de instancia, se presenta como fundado y razonable para el caso concreto enjuiciado y para la adecuada y fluida relación del padre con los hijos y en beneficio de estos conforme a la doctrina expuesta. Así, el padre goza de la compañía de los hijos en fines de semana alternos y los correspondientes y no discutidos periodos vacacionales.

Quizás el único pronunciamiento que podría suponer una cierta expansión de las visitas se concreta al jueves de cada semana y a los martes de las semanas en las que durante el fin de semana los hijos hayan estado con la madre y únicamente desde la salida del colegio hasta las 8,30 de la tarde. Ahora bien, esta extensión no supone más que intentar favorecer y facilitar un contacto permanente con el padre y durante la tarde, siendo responsabilidad del padre que los hijos atiendan sus ocupaciones y practiquen sus actividades escolares y extraescolares, pero ello no supone, por si mismo, un perjuicio para los hijos, pues la cuestión no está tanto en el progenitor custodio en cada momento o en que casa hace el menor sus "tareas", sino en la correcta realización de las funciones derivadas de esa custodia, y, en este caso, no consta perturbación del padre hacia los hijos en el desarrollo de sus tareas habituales; máxime, cuando las visitas y la relación parental ya era amplia antes del presente proceso y máxime cuando, a pesar del "calendario" (f. 270) que hace la madre en su escrito de recurso, es lo cierto que la mayor parte del tiempo en cómputo mensual y anual se encuentran con la madre y que la estancia los "jueves" y los "martes" alternos con el padre no supone, por si misma, una perturbación para los hijos, pues es solo por la tarde y los menores deben de hacer sus actividades al igual que si estuvieran con la madre. Por último, procede significar que el régimen de visitas y de relación con el padre no solo no es rechazado por los hijos, sino que, como se deriva del acta de su exploración,

(f. 129 v) son partidarios de compartir algún tiempo durante los días de la semana con su padre y desean mantener unas buenas y fluidas relaciones con ambos progenitores, lo que incluye potenciar la relación permanente con el padre y bien entendido que la exploración de los menores (art. 92-2 CCV, art. 154 CCV y art. 770-4º 3ª LECV) es un elemento probatorio que se pondera en el sentido de conocer la voluntad inicial de los menores cuando tienen suficiente juicio, lo cual no es incompatible con otras pruebas obrantes en la causa, y que sin duda favorece el conocimiento de la voluntad y los deseos de los mismos y que facilita la formación de la convicción judicial.

2ª.- Deber de alimentos en relación con los hijos. El concepto legal de alimentos nace de la idea de lo que es indispensable para el adecuado desarrollo de una persona en adecuadas condiciones de digna subsistencia. Es decir estaría caracterizado por cuatro notas esenciales:

a) No se puede fijar una cuantía preestablecida, pues el concepto de alimentos estará en función de las concretas circunstancias de cada situación y dependerá de las necesidades del alimentista y de las posibilidades del alimentante,

b) Lo necesario para el alimentista no se fija como un máximo sino como un mínimo por lo que se utiliza la expresión: "indispensable" y la expresión "sustento".

c) El concepto legal de alimentos no se vincula a la comida o a la alimentación sino que se incluye la habitación el vestido y las necesidades médicas y

d) Para que se produzca ese deber de prestar alimentos no es necesario que las necesidades del alimentista estén presentes en todos los ámbitos sino que basta con que precise de manera indubitada alguna de las posibles prestaciones alimenticias.

La deuda alimenticia como obligación de una persona de prestar alimentos a otra para su subsistencia nace como dice la STS de 1-03-2001 EDJ 2001/1319 de la solidaridad familiar y por ello indica: «Ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el art. 39-1 CE EDL 1978/3879 que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia". Con este fundamento es preciso realizar algunas consideraciones en orden a perfilar el concepto de alimentos:

-Su contenido es diverso, pues incluye las siguientes necesidades: alimento en el sentido de alimento indispensable o sustento, habitación o lugar adecuado donde vivir, vestido, asistencia médica y sanitaria donde se incluirían los especificados en el último párrafo de gastos de embarazo y parto que no estén amparados por seguro público o privado e incluso conforme al art.1894 CCv se incluirían los "gastos funerarios". ---Como toda deuda la obligación alimentaría, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda. ----En lo relativo a su extensión debe de tenerse en cuenta, que a tenor de lo dispuesto en el art. 3-1 del Código Civil EDL 1889/1 , que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. -----Asimismo, procede significar que esa obligación alimenticia es mas rigurosa en el caso de los hijos que de otros familiares; y, por ello, es doctrina jurisprudencial consolidada la que preceptúa que el tratamiento jurídico de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, dimanante de los artículos 39-3 CE EDL 1978/3879 y 110 y 154.1 CCV, presenta una marcada preferencia, como se desprende del art. 145.3 CCV y, por incardinarse en la patria potestad derivando, básicamente, de la relación paterno-filial (art. 110 C.C EDL 1889/1 .), no ha de verse afectado por las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes, de modo y manera que, como se infiere del art. 152 apartado 2º CCV , la satisfacción de las necesidades de los hijos menores han de primar sobre la satisfacción de las propias necesidades de los progenitores, que han de sacrificarlas a favor de la satisfacción de las de aquéllos (SS.T.S. 5-10-1993 EDJ 1993/8729 ; 16-7-2002 EDJ 2002/28318). --A efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC EDL 1889/1 tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS 6 febrero 1942, 24 febrero 1955, 8 marzo 1961 20 abril 1967, 2 diciembre 1970 EDJ 1970/660 9 junio 1971 EDJ 1971/358 y 16 noviembre 1978 EDJ 1978/421) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad.

En nuestro caso, por muchas operaciones aritméticas que realicen las partes en sus correspondientes escritos de apelación e impugnación en defensa de sus posturas procesales, con el fin, en un caso, de que se cifren los alimentos de los hijos en 250 € por hijo y en el otro de 250 € para ambos hijos, es lo cierto que los ingresos del padre son superiores a los de la madre, pero que esa diferencia no es excesiva y no va mas allá de los 150 a 250 euros por mes y en función del periodo que se compute o de la nómina que se valore. Pero, en todo caso, lo cierto y mas importante es que ninguna de las partes pondera con suficiente prudencia el otro parámetro esencial en la determinación de los alimentos de los hijos, cual es: las propias necesidades de los menores en los términos y extensión que se ha expuesto.

Con esta perspectiva del problema, es claro que la cantidad fijada en la sentencia de instancia es ponderada y adecuada, pues la cantidad ofrecida por el padre es manifiestamente improcedente por escasa y la pretensión de la madre es un tanto elevada, pues si bien es cierto que los ingresos del padre son superiores a los de la madre, la diferencia es pequeña y, en todo caso, junto con la contribución del padre también la madre debe de atender a las necesidades y alimentos de los hijos con pagos y asignaciones hasta completar todas sus necesidades; y ello sin olvidar que, dados los ingresos de ambos progenitores, pueden atender el padre la cantidad fijada y la madre el resto hasta la plena atención de las necesidades alimenticias de los hijos. Al respecto, procede significar que el padre tiene unos ingresos en torno y como termino medio de 1.750 € y que afronta una hipoteca de unos 800 €, lo que supone capacidad económica suficiente para sufragar alimentos a sus hijos en la cuantía fijada de 200 € por hijo (400 €), pues la capacidad económica debe de estar presente y manifiesta también para las atenciones de los hijos, que son preferentes y prioritarias a cualquier otro gasto del padre y que la madre

con unos ingresos sobre los 1.600 € debe de abonar también la hipoteca de la vivienda donde residen los hijos, los gastos de la casa y otras atenciones que precisen los hijos con lo que procede reiterar la corrección y adecuación de la cantidad fijada.

SEGUNDO.- RECURSO DE Adolfo .

Esta parte recurrente impugna la sentencia con la pretensión de que se reduzca la pensión alimenticia fijada a favor de los hijos y de que se regule un sistema consensuado de fijación de las actividades extraescolares de los hijos.

En cuanto a la primera de las cuestiones procede decir por los argumentos expuestos en el fundamento jurídico precedente. En lo relativo a la necesidad de consensuar las actividades extraescolares de los menores, procede la estimación de este extremo, pues resulta evidente que si deben de ser abonadas en un 50% por el padre, debe no solo de conocer el número y contenido de estas actividades, sino que su realización debe de contar con su consentimiento y, en defecto de consentimiento, con la correspondiente aprobación judicial, a los efectos del art. 156 CCV , para evitar la fijación unilateral de esas actividades por el progenitor custodio y con omisión de la capacidad decisoria del progenitor no custodio, lo que es frecuente fuente de conflictos y litigios.

Sobre esta cuestión, procede acoger lo indicado por D^a Elisa (f. 317) y fijar en dos las actividades extraescolares que debe de abonar el padre en un 50% y, además, como actividad y gasto extraordinario de alcance médico el padre abonará el 50% de los gastos de psicólogo o logopeda de Carlos José . La determinación de las concretas actividades extraescolares se realizará de común acuerdo y de forma consensuada entre los padres y en su defecto por decisión judicial en la forma del art. 156 CCV .

TERCERO.- A pesar de la estimación parcial de la segunda pretensión del recurso de D. Adolfo y la desestimación del recurso de la Sra. Esperanza , no procede la expresa imposición de costas en cuanto a las causadas en esta Alzada a ninguna de las partes, en atención a la naturaleza de las cuestiones enjuiciadas y a que la esposa, ha aceptado la concreción del régimen de gastos extraordinarios.

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Estimar parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora D^a María Teresa Palacios Saez en nombre de D. Adolfo y desestimar el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora D^a Elena Cobo de Guzmán Pisón en nombre de D^a Elisa ; y en su consecuencia determinar que el Sr. Adolfo abonará el 50% de dos actividades extraescolares de sus hijos y el 50% de los gastos de psicólogo o logopeda de su hijo Carlos José en la forma descrita en el Fundamento Jurídico 2º de esta resolución. Procede confirmar el contenido del fallo de la resolución recurrida en su integridad, junto al pronunciamiento indicado. No procede hacer expresa imposición de costas en cuanto a las causadas en esta Alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente D. JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 09059370022008100242