



Roj: **STSJ CAT 466/2016 - ECLI:ES:TSCAT:2016:466**

Id Cendoj: **08019310012016100002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **88/2015**

Nº de Resolución: **4/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE FRANCISCO VALLS GOMBAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3652/2015,**  
**STSJ CAT 466/2016**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

**Sala Civil y Penal**

**R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 88/2015**

**SENTENCIA Nº 4**

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Angel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués

Barcelona, 28 de enero de 2016

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 88/2015 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 12<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 285/14 como consecuencia de las actuaciones de procedimiento de guarda y custodia núm. 64/13 seguidas ante el Juzgado VIDO núm. 2 de Barcelona. La Sra. Ángeles ha interpuesto sendos recursos representada por el Procurador Sr. Angel Joaniquet Tamburini y defendida por la Letrada Sra. M<sup>a</sup> Pilar Mañé Tarragó. El Sr. Alfonso, parte recurrida en este procedimiento, ha estado representado por la Procuradora Sra. M<sup>a</sup> Teresa Aznarez Domingo y defendido por la Letrada Sra. M<sup>a</sup> José Álvarez Pérez- Prado. Con la debida intervención del MINISTERIO FISCAL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales Sra. María Teresa Aznarez Domingo, actuó en nombre y representación Don. Alfonso formulando demanda de guarda y custodia núm. 64/13 en el Juzgado VIDO núm. 2 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2013, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"Que debía ACORDAR:

1º- ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> MARÍA TERESA AZNAREZ DOMINGO en nombre y representación de D. Alfonso contra D<sup>a</sup> Ángeles representada por el Procurador



D. ÁNGEL JOANQUET TAMBURINI, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, decretándose los siguientes efectos:

I) Efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la pareja formada por D<sup>a</sup> Ángeles y D. Alfonso :

A) El ejercicio de la potestad parental de los menores Eduardo y Francisco será compartida por los dos progenitores.

B) Se establece la guarda y custodia de los menores Eduardo y Francisco de forma compartida por semanas entre ambos progenitores, recogiendo a los menores los viernes a la salida del centro escolar y retornándolos en la mañana del viernes siguiente.

A fin de dar seguridad a las entregas y recogidas se establece que el padre recogerá a los menores el próximo viernes día 13 de diciembre de 2013 estando en su compañía hasta la mañana del viernes día 20 de ese mismo mes y año. A partir de este momento los pequeños estarán con la madre hasta el día 27 en los mismos términos.

En los días en que los pequeños no estén en el centro escolar serán recogidos y entregados por personas de confianza de actora y demandado, produciéndose la entrega de éstos en el domicilio en el que se encontraran en aquel momento.

Este mismo sistema se seguirá para las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano teniendo en cuenta la edad de los pequeños y la no conveniencia de pasar más de una semana separados de uno de los progenitores.

C) Se atribuye a D<sup>a</sup> Ángeles el uso del que fue el domicilio de la pareja situado en la RONDA000 NUM000 , NUM001 , NUM002 de Barcelona.

D) Se fija como pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y a favor de los menores la cantidad de SETECIENTOS EUROS (700 euros) por cada uno de los niños, cantidad que se ingresará en la cuenta que designe D<sup>a</sup> Ángeles en los cinco primeros días de cada mes, pagadero por mensualidades anticipadas que se actualizará anualmente conforme al IPC para Catalunya que publique el INE u organismo público o privado que pudiera en un futuro asumir sus funciones.

La cuantía de la pensión de alimentos fijada en esta sentencia empezará a regir a partir de ENERO DE 2014 no procediendo durante ese año actualización, llevándose a cabo la primera -en los términos indicados en el párrafo anterior- en el mes de ENERO DE 2015.

E) El pago de los gastos extraordinarios será por mitad por cada uno de los progenitores.

II) No procede la condena en costas.

2º. DESESTIMAR la reconvencción promovida por el Procurador D. ÁNGEL JOANQUET TAMBURINI en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ángeles contra D. Alfonso representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MARÍA TERESA AZNAREZ DOMINGO no habiendo lugar al reconocimiento de la pensión de alimentos interesada.

3º. No procede la condena en costas respecto de la reconvencción".

**SEGUNDO.-** Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que fue impugnado por la parte actora, que se admitió y se sustanció en la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 16 de abril de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador DON ANGEL JOANQUET TAMBURINI, en nombre y representación de DOÑA Ángeles , y asimismo la impugnación deducida por la Procuradora DOÑA MARIA TERESA AZNAREZ DOMINGO en nombre y representación de DON Alfonso , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 2 de Barcelona, el 3 de diciembre de 2013 , en proceso declarativo verbal, número 64/2013, con la consecuencia de la plena confirmación de la sentencia de la primera instancia, y con condena a la apelante y al impugnante respectivamente, de las costas procesales causadas por el recurso de apelación y por la impugnación".

**TERCERO.-** Contra esta Sentencia, la representación procesal de Doña. Ángeles interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Por providencia de fecha 20 de julio de 2015 se dio traslado a las partes personadas por término de diez días sobre la posible causa de inadmisión, habiendo efectuado las alegaciones que consideraron oportunas. Por Auto de fecha 28 de septiembre de 2015, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite, parcialmente, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, dándose traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.



**CUARTO.-** Por providencia de fecha 19 de noviembre de 2015 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 18 de enero de 2015.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO .- Recurso extraordinario de infracción procesal. Valoración de la prueba.**

**1 .-** El segundo de los motivos del recurso extraordinario de infracción procesal acogido por auto de 28 de septiembre de 2.015 que inadmite el primero y tercero de los motivos de dicho recurso extraordinario y el ordinal primero del recurso de casación, denuncia la vulneración de las normas que rigen la valoración de la prueba con relación al interés del menor y la pensión alimenticia fijada, con amparo en el art. 469. 1. 4 LEC y denuncia del art. 24 CE .

La valoración arbitraria de la prueba se sustenta, a entender de la recurrente, en un error patente. Se señala que en ninguna de las instancias se delimitan cuales son los gastos concretos de los menores para luego distribuirlos proporcionalmente, si bien, añade, ascenderían a 6.000 euros. A partir de dicha cantidad, debe tenerse en cuenta, continua afirmando la representación de la Sra. Ángeles , que ella no trabaja y el actor tiene unos ingresos superiores a los 5.000 euros mensuales, por lo cual, la cantidad fijada de 1.400 euros, para ambos menores, se estima no solamente errónea sino arbitraria, partiendo, además, del dato que la recurrente ha tenido que abandonar el domicilio donde habitaba para irse a vivir con sus padres, lo que se interpreta por la sentencia recurrida como una reducción de sus gastos; extremo del que no cabe deducir dicha significación cuando el gasto habitacional debe incluirse entre los alimentos. Asimismo, añade, que ha utilizado en parte los fondos dinerarios que tenía en Andorra, carece de ingresos y las necesidades de los menores aun cuando se han ido a vivir con los padres siguen subsistiendo en mayor suma que la fijada por la sentencia recurrida y que ascendería a un total superior a los 6.000 euros, si bien en el suplico final del recurso solicita como pensión alimenticia la cantidad de 3.000 euros (1.500, para cada hijo) más los gastos de alquiler y suministros de vivienda que la Sra. Ángeles tenga en cada momento (de coste similar al actual) así como los gastos de colegio, guardería y seguro médico.

**2 .-** El TS-S. 1ª- SSTS 12 de mayo de 2006 , 28 de noviembre de 2007 , 28 noviembre y 2 diciembre 2008 , 15 junio y 2 julio 2009 , 30 septiembre y 6 de noviembre de 2009 , entre otras- así como este TSJC – SSTSJC 4/2011, de 31 de enero , 36/2011, de 21 de julio , 39/2012, de 25 de junio , 50/2013, de 16 de septiembre , 25/2014, de 7 de abril y 69/2014, de 30 de octubre –, hemos declarado que la valoración de la prueba corresponde, en principio, a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen, en esta sede, a infracciones de una regla de valoración probatoria, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad. En concreto, se ha venido declarando que procede la revisión probatoria bien cuando se ha incurrido en:

- (a) un error patente, ostensible o notorio,
- (b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica o se adopten criterios desorbitados o irracionales, y
- (c) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia si bien no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones, puesto que sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 CE .

**3 .-** Aplicando el contexto normativo-jurisprudencial al caso de autos asiste parcialmente la razón a la recurrente cuando señala que no han sido fijadas en autos las necesidades de los menores y la madre se ha trasladado a vivir con sus padres al no poder pagar el alquiler (2.700 euros) de la vivienda donde habitaba con sus ingresos, a pesar de lo cual, se declara en la sentencia recurrida, que la suma a abonar por el progenitor Sr. Alfonso ha de ser 1. 400 euros mensuales.

A tales efectos, la primera cuestión a abordar será fijar las necesidades de los dos hijos menores, puesto que sobre patrimonio y posibilidades económicas de ambos progenitores, hemos de partir de:

(a) La mayor capacidad económica del Sr. Alfonso que tiene un salario de 5. 588 euros mensuales. Asimismo, posee el 70 % del capital de Medcor S.L.

(b) La demandada no realiza, en la actualidad, trabajo remunerado, si bien tiene ahorros en cuentas corrientes en Andorra, de los que ha ido disponiendo, y



(c) La convivencia como pareja de hecho entre el Sr. Alfonso y la Sra. Ángeles, ha sido de unos tres años, sin que la recurrente haya adoptado una concreta conducta para entrar nuevamente en el mercado laboral, al haber culminado su formación profesional y graduarse en ciclo formativo superior de diseñadora, constandingo que anteriormente ya había efectuado trabajos en varios grupos textiles.

Para establecer las necesidades de los hijos, debemos reseñar que en el auto de medidas coetáneas de 30 de julio de 2.013, se parte de la solicitada por el Ministerio Fiscal y se fija la suma de 1.800 euros (900 euros para cada hijo), sin detallar unas concretas necesidades. Esta cantidad se reduce a la de 1.400 euros, por la sentencia de primera instancia, ya que se revoca la guarda y custodia monoparental fijada en las medidas coetáneas y se establece una guarda y custodia compartida, con incremento de estancias con el padre.

Dicho pronunciamiento es confirmado por la sentencia de apelación, añadiendo que la demandada ya no puede atender los gastos de alquiler de la vivienda donde habita con sus hijos, marchándose a vivir con sus padres y declarando, erróneamente, que la recurrente al producirse este hecho ha reducido sus necesidades, si bien, afirma seguidamente que "*.. teniéndose en cuenta tales circunstancias, y a la vista del alcance de las necesidades de los menores .. puesto en relación con las capacidades económicas de los progenitores, procede mantener la suma ...*". Y todo ello, sin aclarar las partidas que engloba ni si con dicha suma se cubren todas las necesidades de las menores (menos los gastos habitacionales) ni establecer el total de los gastos y, en definitiva, su reparto entre los progenitores como tampoco se hizo por la sentencia de instancia.

No fijadas las necesidades de los hijos, de las pruebas practicadas resulta que:

(a) Los dos hijos de los litigantes, son menores de edad, de 5 y 4 años, Eduardo y Francisco, respectivamente.

(b) La sentencia recurrida los estima en 1.400 euros (700 euros) para cada hijo, cifra que por el Ministerio Fiscal, en su informe, se estima como pertinente, añadiendo que el hecho de que parte del patrimonio de la recurrente se haya destinado para realizar un seguimiento por detectives de la contraparte no puede justificar un aumento de la cantidad por alimentos y que la madre debe afrontar la nueva etapa situándose en el mercado laboral y también colaborar en parte de la cantidad que debe asignarse por alimentos para los dos menores, y

(c) Los gastos escolares y de guardería se fijan en 600 euros mensuales, para ambos, y por el resto de los gastos ordinarios, entre otros, alimentación, vestido y mutua, deben establecerse en otros 800 euros, teniendo presente que dichos gastos han de ser los más acordes con el nivel de vida de la familia que tiene tras la disolución de la convivencia y ajustarse a su actual *status*, mientras que los habitacionales que sí incluirían una suma para poder morar en una vivienda adecuada a las circunstancias actuales de ambos hijos y de su madre serían de 800 euros, en total, 2.200 euros para ambos menores, de necesidades, en conjunto. Para desglosar dichos conceptos, hemos de tener presente que:

La partida habitacional se encuentra incluida dentro del concepto de alimentos como establece el art. 237. 1 del Código Civil de Catalunya (CCCat), y si bien el hecho de procurar un domicilio para poder convivir con los hijos ha de ser satisfecho por quien ostenta la guarda, también debe ser atendida igualmente por el otro progenitor, dentro de sus posibilidades económicas y conforme al binomio necesidad-proporcionalidad establecido en el art. 237-9 CCCat que analizaremos en el único motivo de casación admitido.

La cantidad de 2.700 euros que reclama la recurrente por dicho concepto (gastos habitacionales), resulta excesiva y debe atemperarse a las nuevas circunstancias familiares. Por ello, la Sala estima que con la de 800 euros para los hijos (por dicho concepto) más la cantidad que debería aportar la Sra. Ángeles resulta suficiente para cubrir dicha necesidad. Al respecto, resulta errónea y arbitraria la apreciación de la sentencia que al vivir la recurrente con sus padres, no ha de satisfacerse cantidad alguna por dicho concepto. Nótese que no son los abuelos maternos quienes deben procurar la asistencia de los menores siendo ello una obligación de los progenitores, en primer lugar, en la medida de su capacidad económica.

Los gastos escolares de guardería y colegio se fijan, como se ha señalado, en 600 euros.

El resto de los gastos (alimentación, vestido y mutua) para unos menores de 4 y 5 años, actualmente, se estima en 800 euros, teniendo en cuenta, además, que en la partida de alimentos "*stricto sensu*" alguno son abonados directamente por los progenitores durante la guarda y custodia compartida. Se rechazan las cantidades reclamadas por la recurrente dentro de este concepto que se corresponden con aquellas que se tenían con anterioridad a la ruptura pues debe atemperarse, como hemos referido, a su actual *status*. Al respecto, no es imprescindible ni necesaria la asistenta fija en días laborables (950 euros), que puede atender la madre durante los periodos de estancia con ella, ni cifrarse en 2.000 euros la alimentación que precisan dichos menores por mes (estimada por la Sala como excesiva y que ha de atemperarse a las nuevas circunstancias) ni tampoco asignar otra cantidad de 600 euros durante la convivencia con la madre para vacaciones en Menorca (verano) e invierno (Cerdanya), como solicitaba en el recurso de apelación y, actualmente, lo pide (en cantidad



global) en el extraordinario de infracción procesal, siendo que deberán adaptarse a su nivel de vida conforme a las sumas asignadas.

Los gastos imprevisibles y no periódicos se integran dentro de los gastos extraordinarios cuyo reparto se analizará en el recurso de casación, y

Por tanto, la suma total de necesidades de los menores es de 2.200 euros, sin que por ello se incida en reforma peyorativa alguna. Nótese que la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, no realizaba un reparto proporcional entre los litigantes, que luego analizaremos, atendiendo, exclusivamente, a una suma genérica en que ni se establecían los conceptos (tampoco lo hicieron en sede de medidas provisionales ni por la sentencia de instancia) ni siquiera el reparto entre los cónyuges.

Por lo expuesto, ha de ser estimado parcialmente el recurso extraordinario de infracción procesal fijando la cantidad de 2.200 euros mensuales como suma de las necesidades alimenticias de los hijos, excluidos los gastos extraordinarios. Su proporcionalidad, como hemos reseñado, será objeto de análisis y decisión en el único motivo del recurso de casación.

**SEGUNDO.- Recurso de casación. Proporcionalidad en el binomio necesidad de los hijos/capacidad patrimonial del progenitor. Gastos extraordinarios.**

1 .- En el segundo motivo de casación admitido se denuncia la infracción del art. 237-1. 1 CCCat en relación con el art. 237-9. 1 CCCat , es decir, el principio de proporcionalidad en relación al binomio capacidad/necesidad, al entender la representación de la Sra. Ángeles que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la jurisprudencia de esta Sala y ha fundamentado su decisión de mantener la reducción (de 1.400 euros mensuales fijada por la sentencia de instancia y confirmada por la de apelación) no por aquellos motivos en que se fundó el juez de instancia (aumento de dos pernoctas intersemanales y establecimiento de una guarda y custodia compartida) sino por el hecho anunciado por la Sra. Ángeles de que se había trasladado a residir provisionalmente a casa de sus padres al no poder pagar el alquiler de 2.700 euros mensuales con la pensión fijada de 1.400 euros mensuales para los dos hijos y no conceder suma alguna por alimentos a la Sra. Ángeles (éste último extremo firme en sede casacional), quedando fijado el núcleo jurídico que conformaba el interés casacional en los siguientes términos:

*"... Se admite el segundo motivo del recurso de casación por interés casacional fijando el núcleo jurídico en la posible infracción del principio de proporcionalidad en relación con el binomio necesidad/capacidad tanto respecto a los conceptos legales que integran la obligación alimenticia, incluidos gastos habitacionales, como la proporción referida a los gastos extraordinarios..."*

2 .- En la vigente normativa del CCCat, hemos declarado - SSTSJC 68/2013, de 28 de noviembre , 22/2014, de 7 de abril 69/2014, de 30 de octubre , 15/2015, de 16 de marzo y 28/2015, de 27 de abril , que cuando los obligados a prestar alimentos son más de una persona, de conformidad con el art. 237-7 CCCat la obligación debe distribuirse entre ellas en proporción a sus recursos económicos y posibilidades. Criterio que se reafirma en el artículo 237-9 CCCat cuando para establecer la cuantía de los alimentos dispone que se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos.

En relación con dicho criterio de proporcionalidad establecido en el vigente CCCat en su art. 237-9 , la cuantía de los alimentos que debe determinarse en proporción a las necesidades de los alimentistas y posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, deberá ser ponderada en cada supuesto concreto. La determinación de la cuantía que no ha de ser necesariamente aritmética o matemática, es facultad exclusiva del tribunal de instancia salvo razonamiento ilógico, arbitrario o irracional atendiendo a la citada regla de proporcionalidad y al binomio necesidad-posibilidad a que hacen referencia para su prestación, examinada conforme a las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia que deba sufragarlos y conforme a los criterios más acordes con su nivel de vida o " status " actual.

A tales efectos, su reparto entre los cónyuges para cumplir con el deber de alimentos a los hijos menores de edad presenta un mínimo vital y su contenido viene establecido en el art. 237- 1 CCCat : *Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma.*

Hemos declarado - SSTSJC 68/2013, de 28 de noviembre , 22/2014, de 7 de abril y 71/2015, de 14 de octubre -, entre otras- que conforme dispone el art. 233.-10. 3 CCat, la forma de ejercer la guarda de los menores, en caso de separación o divorcio de los progenitores, no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia





los hijos comunes aun cuando deba ponderarse el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente. Ya declaramos en la STSJC 71/2015, de 14 de octubre , que la custodia compartida no altera el régimen de proporcionalidad en el pago de alimentos, realizándose en función de los diferentes ingresos de los alimentantes, con un análisis concreto de las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para, en función de los parámetros indicados, resolver conforme a derecho en orden a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades. Por tanto, cuando se acredita y justifica que la capacidad económica de uno de los cónyuges es muy superior a la del otro, como sucede en autos, habrá de establecerse y determinarse qué cantidad o suma ha de satisfacer el progenitor con mayor capacidad económica sin que deban operar automatismos del 50 % en dichos supuestos, pues sigue vigente la obligación de prestar alimentos conforme a los medios económicos de cada uno de los padres.

Y en relación con los gastos habitacionales ya se ha puesto de relieve por este tribunal -SSTSJC 68/2013, de 28 de noviembre , 22/2014, de 7 de abril -, que deben valorarse las partidas necesarias para procurar una vivienda digna para dichos menores, siendo de reseñar que dicho gasto cuando se atribuye el uso del domicilio familiar -que no es el supuesto de autos, pues la ruptura produce una menor capacidad para ambos y el domicilio familiar anterior y su alquiler debe reputarse excesivo conforme al actual " status " - si pertenece en todo o en parte al cónyuge beneficiario se ha de ponderar como contribución en especie la fijación de los alimentos - art. 232-20.7 CCCat -, de lo que se colige que, en cualquier supuesto, dicho gasto ha de ser tenido en cuenta para fijar los alimentos. Incluso esta partida habitacional debe satisfacerse en el supuesto de autos, en que la madre, por imposibilidad de pagar el alquiler del anterior domicilio familiar, ha debido trasladarse a vivir con sus progenitores, pues, en todo caso, la recurrente tiene derecho a tener una vida independiente con sus hijos, siendo que la opción actual y, de momento, de vivir en la casa paterna no exime del pago, por el Sr. Alfonso , de una suma por el gasto habitacional ni tampoco, como hemos referido, han de ser los abuelos maternos quienes acogiendo a sus nietos en su casa se vean necesariamente obligados a procurar su asistencia cuando el progenitor es quien, en primer lugar, debe satisfacer, en la medida de sus posibilidades y capacidad económica, el pago de los alimentos.

**3 .-** Estimado parcialmente el recurso extraordinario de infracción procesal, fijada la suma de las necesidades de los hijos en la cantidad de 2. 200 euros mensuales, incluyendo los citados gastos habitacionales conforme al nivel de vida familiar presente, las posibilidades del Sr. Alfonso y las de la recurrente que si bien no trabaja, actualmente, pero por su edad, estudios y conocimientos tiene una capacidad para incorporarse al mundo laboral que no ha realizado, resulta adecuada la cantidad por alimentos que debe satisfacer el Sr. Alfonso en la suma de 1.540 euros que se corresponden con un 70 %. Ello resulta acorde y conforme al binomio capacidad/necesidad atendidas sus respectivas capacidades y teniendo presente que el Sr. Alfonso tiene unos ingresos y patrimonio superior a la recurrente.

Por otra parte, resulta también discutible que los gastos extraordinarios, es decir, aquellos necesarios, no periódicos e imprevisibles, deban abonarse en un 50 % por ambos, sin motivar la sentencia recurrida la razón de dicha cuota. Se declara en la sentencia recurrida que " ..(no debe darse lugar) a la fijación, al respecto, de otro nivel de participación ", lo que resulta una motivación carente de contenido, por lo cual, atendidas las capacidades de ambos progenitores se estima por la Sala que el nivel de participación en los gastos extraordinarios deberá sufragarse en un 70 % por el padre y el resto, un 30 % por la recurrente, teniendo en cuenta la distribución anteriormente realizadas para los gastos ordinarios, procediendo, por ende, la estimación parcial del recurso de casación.

#### **TERCERO .- Costas. Depósito para recurrir .**

No procede la imposición de las costas del recurso extraordinario de infracción procesal y de casación, según lo dispuesto en el art. 398 LEC .

Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición adicional 15ª. 8 LOPJ .,

## **FALLAMOS**

### **LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DECIDE:**

**ESTIMAR PARCIALMENTE** los recursos extraordinario de infracción procesal y el de casación interpuesto Dª Ángeles contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12) de fecha 16 de abril de 2015, dictada en el Rollo de apelación 285/2014 , con confirmación de la sentencia dictada salvo en lo relativo a:



Los alimentos a abonar por el Sr. Alfonso a la recurrente serán de 1.540 euros ( MIL QUINIENTOS CUARENTA EUROS) mensuales que se incrementarán con el IPC y se abonarán a partir de la fecha de la presente resolución, y

Los gastos extraordinarios que deban satisfacerse, a partir de la fecha de la presente resolución, lo serán en un 70 % por Don. Alfonso y el resto, el 30 % por la Sra. Ángeles .

Y todo ello sin especial pronunciamiento respecto a las costas del presente recurso y con devolución de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia Provincial.

Así por ésta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA**

**Sala Civil i Penal**

**R. de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 88/2015**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ