



Roj: **SAP CO 931/2018 - ECLI: ES:APCO:2018:931**

Id Cendoj: **14021370012018100536**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **121/2018**

Nº de Resolución: **518/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CRISTINA MIR RUZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

### SECCIÓN PRIMERA - CIVIL-

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000

Autos: Familia.Guarda/custod/alim.menor no matr.noconsens Núm.222/2016

**ROLLO NÚM. 121/2018**

**SENTENCIA NÚM. 518/2018**

Ilmos.Sres.

#### **PRESIDENTE:**

Dña.Cristina Mir Ruza

#### **MAGISTRADOS:**

D. Fernando Caballero García

D. Miguel Ángel Navarro Robles

En Córdoba, a once de julio de dos mil dieciocho.

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de DIRECCION000 en los autos de Guarda y Custodia Núm.222/2016, seguidos a instancias de D. Braulio , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña.Pilar Torres Gallardo y asistido del Letrado D. Domingo Vioque Garcia, contra Dña. Ramona , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Susana Torrecilla Otero y asistida del Letrado D. Sancho Nieto Copé, con intervención del MINISTERIO FISCAL, habiendo sido en esta alzada parte apelante la citada demandada y designada ponente Dña.Cristina Mir Ruza.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Seguido el juicio por su trámite, se dictó sentencia por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 con fecha 22.03.2017, cuyo fallo es como sigue:

*"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Braulio contra D<sup>a</sup>. Ramona, debo DECLARAR Y DECLARO que las medidas que regularán en lo sucesivo las relaciones paternofiliales de los litigantes con respecto a su hijo Donato son los que han quedado recogidos en los Fundamentos Jurídicos de la presente resolución.*

*Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa."*

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia la Procuradora de los Tribunales Dña.Susana Torrecilla Otero, en representación de D<sup>a</sup> Ramona interpuso recurso de apelación y tras esgrimir los motivos que tuvo por



conveniente, y que se dan por reproducidos, terminó interesando que se dicte resolución declarando la nulidad de la sentencia, debiéndose retrotraer las actuaciones a la fase de conclusiones de la vista para que una vez que haya puesto a disposición de las partes la prueba de averiguación patrimonial, se pueda interesar unos alimentos u otros, ya que a esa parte se le ha causado indefensión, y subsidiariamente se admita las pretensiones formuladas por esa parte en el recurso de apelación, régimen de comunicación y visitas sin pernocta, recogida y entrega del menor por parte del padre o familiares de éste y pensión de alimentos a 450 € o subsidiariamente a 300 €, con expresa condena en costas.

**TERCERO.-** El Juzgado realizó los preceptivos traslados habiendo presentado escrito de oposición la representación de D. Braulio , en el que solicitó la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia dictada, con expresa condena en costas al recurrente.

**CUARTO.-** El Fiscal, presentó escrito en el que igualmente se opuso al recurso de apelación interpuesto, interesando la confirmación de la resolución al ser ajustada a derecho, y se remitió la causa a esta Audiencia Provincial, incoándose el oportuno rollo, se turnó la ponencia y se señaló deliberación el día 27 de Junio de 2018.

**QUINTO.-** En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales esenciales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Discrepa Dña. Ramona , demandada de medidas relativas a Donato , su hijo menor de edad nacido el NUM000 .2015 de su relación con el actor D. Braulio , de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm.1 de DIRECCION000 con fecha 22.3.2017 (Procedimiento Núm.222/2016), y en concreto del régimen de visitas establecido a favor del Sr. Braulio , de la obligación que se le ha impuesto de recoger a su hijo al domicilio del padre y de la cuantía de la pensión alimenticia señalada a favor de su hijo, para solicitar, además de que se declare la nulidad de actuaciones al habersele causado indefensión, que el régimen de visitas se desarrolle sin pernocta hasta que el menor alcance la edad de 3 años, estableciendo un régimen de visitas más restrictivo e ir aumentando las horas conforme el menor vaya creciendo, que se elimine la obligatoriedad de recoger al menor del domicilio del progenitor no custodio y que se eleve la pensión por alimentos de la cantidad de 270 € a la suma de 450 € o subsidiariamente a 300 €.

Por su parte, la representación procesal de la parte apelada, D. Braulio y el Ministerio Fiscal, interesan la íntegra confirmación de la resolución de la instancia, por estar plenamente ajustada a derecho y a la prueba practicada.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la alegación relativa a la infracción de las normas y garantías procesales en la primera instancia causante de indefensión por no practicarse una prueba admitida (que se librara oficio a las entidades bancarias de las que el demandante pudiera ser titular para que se hiciera averiguación de sus depósitos bancarios), hemos dicho en innumerables ocasiones que ello no provoca nulidad del procedimiento, ya que la respuesta del ordenamiento jurídico frente a ello es la proposición de prueba en segunda instancia con arreglo al art 460 LEC. En este sentido es categórica la STS de 12 de marzo de 2014.

En efecto, el motivo de impugnación no puede tener favorable acogida, pues sin olvidar la doctrina constitucional relativa al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, como derecho fundamental sancionado en el art 24 CE ( STC 263/2012, de 25 de abril), conviene también recordar que este derecho no tiene carácter absoluto para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso ( STC 22/2008, de 31 de enero), sino que es un derecho fundamental de configuración legal que exige, desde la óptica de las partes procesales, que éstas hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido, y en el caso de autos, la indefensión e infracción del artículo 24 C.E. pugna con el hecho de no haber sido peticionada la práctica de la prueba en cuestión en esta segunda instancia, al amparo de lo prevenido en el art 460.2.1ª LEC.

Es más, olvida la apelante que si bien interesó que se librara el referido oficio en su escrito de fecha 15.3.2017, por providencia de fecha 17.3.2017 se acordó no haber lugar a la práctica de la referida prueba a la vista de la inconcreción con la que está solicitada, providencia que no fue recurrida, por lo que no puede alegar ahora la infracción de normas procesales al no acreditar la apelante que denunció oportunamente la infracción, teniendo oportunidad para ello ( artículo 459 de LEC). Y es que, como declara reiteradamente la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, la violación de una norma procesal a la que colabora también la actuación negligente y desatenta de la parte afectada no puede encontrar protección, cuando quién pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico no usó de ellos en el



momento oportuno, o cuando la parte que invoca la infracción coopera con su conducta a su producción ( Ss. T. C. 41/88 de 16.2; 138/88 de 8.7; 166/89 de 16.10; 8/91 de 17.1; 64/92 de 29.4; 373/93 de 13.12, entre otras).

**TERCERO.**- Se indica en el recurso, lo que a criterio de la apelante conllevaría también la nulidad de actuaciones, que la sentencia es incongruente porque concede más derechos a la parte demandante de los solicitados por ésta en la demanda, puesto que se limitó a indicar que corresponderá al progenitor que inicia la estancia o a personas autorizadas por éste, a recoger al menor del domicilio del otro progenitor, sin que en ningún momento se solicite que la demandada tenga que ir a recoger a su hijo al domicilio del padre.

Con independencia del análisis que de dicho pronunciamiento se haga, se olvida que en los procedimientos de derecho de familia no rige el principio de la justicia rogada ( STS 565/2009, de 31 julio), de acuerdo con lo que dispone el art. 91 CC y art. 774.4 LEC, de modo que en cualquier momento del procedimiento y a la vista de las prueba, pueden adoptarse las medidas que sean más convenientes para el interés del menor, por lo que el propio Juez puede acordarlo -aunque no se hubiera pedido- en el caso que lo hubiera considerado conveniente.

En efecto, nos hallamos en el ámbito de un procedimientos de familia, o lo que es igual en un procedimiento en el que la controversia surge en relación con la guarda y custodia del hijo menor de la pareja litigante, en el que, consecuentemente, se halla implicado el interés de aquél, materia indisponible conforme a lo dispuesto tanto el artículo 91 del CC. Del mismo modo el art. 774 LEC faculta a los Tribunales para adoptar las medidas que estimen necesarias en interés del menor incluso si las partes nada hubiesen solicitado al respecto. De forma clara, los art. 751 y 752 de la LEC, al proclamar el carácter indisponible de algunas materias, ampliar el margen de la preclusión y otorgar al juez amplias facultades sobre la prueba, constituyen una de las excepciones a las que se refería el artículo 216 LEC. En este sentido la doctrina del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional se han pronunciado reiteradamente. Entre las SS del TS, cabe citar la Sentencia de 21-5-2012 en la que expresamente se indica que: *" el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección.... En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984 "*. Por su parte la STS de 7-7-2004 ya había proclamado que *" en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil , al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales. Por ello al proveer el Juzgador... en la forma que se ha transcrito no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el Juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes"*. La doctrina del Tribunal Constitucional queda reflejada en su Sentencia de 15-1-2001 (rec. 3966/1997), en la que nos recuerda que exigir el cumplimiento de los principios de justicia rogada, congruencia y de preclusión en los procedimientos de familia en los que se encuentran interesados los hijos menores de edad, supone desconocer la naturaleza de estos procedimientos, su carácter no dispositivo y la atenuación de los principios básicos del procedimiento civil con el correspondiente ensanchamiento de las facultades del juez para resolver lo que estime más pertinente para el interés de los menores. En concreto, señala que *" El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4 ) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones. Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges ( art. 90, párrafo 2, Código Civil ), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección ( art. 103 CC , reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes ( ATC 100/1987, de 28 de enero ). Por ello en la STC 120/1984, de 10 de diciembre , FJ 2 EDJ 1984/120, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto*



*sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados ( AATC 328/1985, de 22 de mayo , y 291/1994, de 31 de octubre ".*

A lo que se ha dicho, ha de añadirse que en el presente caso no existe una mutación de las pretensiones ejercitadas por el actor pues al solicitar que en el régimen de visitas se señale que "corresponderá al progenitor que inicia la estancia, o a personas autorizadas por éste, recoger al menor del domicilio del otro progenitor", se viene a indicar que no sólo será el padre el encargado de recoger al menor cuando empieza la estancia, sino que también será la madre la que lo recoja cuando de nuevo empieza la suya.

**CUARTO.-** En cuanto al error en la valoración de la prueba, y respecto al régimen de visitas, indica la apelante que la Juzgadora de Instancia yerra al señalar que el menor no es lactante, y ello al no haber valorado los documentos 5 a 9 de los aportados por esa parte ni el hecho de que el menor haya sufrido un trastorno emocional con la decisión de otorgar el régimen con pernocta por Auto de fecha 12.6.2016 (dictado en Diligencias Urgentes núm.35/2016).

En relación con el régimen de visitas, entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los artículos 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil, 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 30-4-1.991, 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. 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. Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor.

Como se desprende de lo expresado, este derecho no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo ( STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación, "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E. así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor. 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.

En el caso de autos, cuando se dicta la sentencia el menor no contaba 12 meses sino 20 meses. Es cierto que el objeto del procedimiento queda fijado en los escritos iniciales del mismo (demanda y contestación), con prohibición de su modificación posterior ( art. 412 LEC) pero tratándose de un procedimiento de familia, forzoso resulta estar a los hechos que existen al dictarse sentencia ( artículo 752 LEC), máxime cuando los





recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en ésta ( artículo 774.5 LEC).

Sea como sea, está claro que al dictado de la presente resolución el menor Donato ya ha cumplido los tres años (nació el NUM000 .2015, certificado al folio 33), por lo que carece de sentido cuestionar la procedencia de suprimir la pernocta, si bien es aconsejable dejar constancia que el criterio que sigue la Juzgadora de Instancia se considera correcto, pues el sistema de visitas señalado respeta el mandato legal del art. 94 del C.C, no restringir las visitas sin que concurren circunstancias excepcionales, y en este caso, insistimos, nos hallamos en un supuesto ordinario.

La pretensión de la madre de maximizar la lactancia no puede realizarse a costa del interés del menor en su relación regular con el padre. Ha de tenerse presente el interés del menor en mantener un contacto estrecho con su padre no custodio, como modo de equilibrar de algún modo la relación entre padre e hijo, y por ello contribuir al armonioso desarrollo integral de su personalidad. Por lo demás, la documental aportada (hojas de seguimiento de consulta, folios 124 a 133) viene a reflejar el motivo de la consulta, es decir, lo que la hoy apelante refiere al facultativo que le atiende, no el diagnóstico que se hace. De hecho, obra a los folios 250 a 251 informe psicológico del menor en el que, además de aconsejarse que pase más tiempo con su padre, se recoge la impresión de la profesional referida a la magnífica relación que hay entre padre e hijo.

Procede en méritos a lo expuesto, desestimar el concreto motivo de recurso.

**QUINTO.-** En cuanto al régimen de recogida del menor, alega la apelante en el desarrollo de este motivo que siendo el padre muy aficionado a la conducción, entiende que la distancia de 25 km no le supone un gran trastorno y más cuando los fines de semana se desplaza con su hijo a otras localidades para disfrutar de él.

No es serio.

Mayor fuerza argumental se encuentra en el motivo del recurso en que se insta la nulidad de actuaciones, al alegar que no ha podido interesar la práctica de prueba que acreditara que aunque tiene carnet de conducir, nunca ha conducido, que no tiene vehículo propio, que no trabaja fuera del hogar por lo que no tiene ingresos, dependiendo económicamente de sus padres, cobrando la renta activa de inserción, por lo que le es materialmente imposible desplazarse a la localidad de El Viso.

Con ello, parece que se está esgrimiendo que existe en su caso motivo que permita establecer el sistema de excepción al sistema ordinario de recogidas y entregas (reparto equitativo de las cargas entre los progenitores), criterio recogido en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 289/2014, de 26 de mayo (recurso 2710/2012), a la que luego nos referiremos.

La parte recurrida, por el contrario, se opone al recurso argumentando que tiene la apelante carnet de conducir, que dispone en su casa de varios vehículos y de más tiempo para hacerlo y que, para el caso que se considerase que ha de ser el padre quien realice la entrega y recogida del menor, habrá de compensar al padre no sólo económicamente sino también en tiempo de estancia con el menor, prolongando las estancias intersemanales, ya que parte de la estancia se le iría al padre en los desplazamientos de ida y vuelta.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de mayo de 2014 (que examina el motivo del recurso en el que se plantea la existencia de jurisprudencia contradictoria de las diferentes Audiencias Provinciales, al inclinarse unas por la atribución al progenitor no custodio de la totalidad de las cargas que implican los desplazamientos para el ejercicio del régimen de visitas, y otras que reparten entre ambos progenitores las cargas, tanto económicas como personales, derivadas de dichos desplazamientos) analiza la casuística de las sentencias contradictorias invocadas por el recurrente y determina la doctrina aplicable al caso partiendo de dos principios generales de ineludible observancia, el interés del menor ( artículo 39 CE) y el reparto equitativo de cargas ( artículos 90.c y 91 del Código Civil). En base a los mismos propugna el acuerdo entre las partes y en su defecto establece un sistema prioritario y otro subsidiario. En el primero, que denomina normal o habitual, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Subsidiariamente, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Finalmente, declara la sentencia que las dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, lo que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y singularizar las medidas adoptables.

Ciertamente, el Tribunal Supremo sienta unos criterios para un adecuado desarrollo del régimen de visitas. Conforme a ellos, no resulta acertado el principio que, como regla general, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y para la recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. Para ello se deberán valorar factores como la distancia entre los lugares



de residencia, facilidad o dificultad de los medios de transporte, y posibilidades de los progenitores, tanto económicas como de disponibilidades personales y materiales. Y, fundamentalmente, el interés del menor, que exige en su beneficio el mejor desarrollo posible del régimen de visitas en los supuestos de custodia individual.

Los anteriores principios habrán de ser tenidos en cuenta en cada caso concreto y, como señala el Tribunal Supremo, singularizados en las situaciones extraordinarias.

Pues bien, a criterio de este Tribunal no concurren tales situaciones extraordinarias, pues ni existe la larga distancia entre los lugares de residencia de los progenitores y la Sra. Ramona -que percibe una prestación- tiene la necesaria disponibilidad horaria para recoger al hijo en el domicilio del Sr. Braulio. De hecho, ni siquiera se esgrime que haya mala combinación de medios de transporte público.

Lo expuesto permite concluir que no existen situaciones extraordinarias que deben ser ponderadas, por lo que debe ser ambos progenitores los que realicen los desplazamientos, el progenitor para recoger al menor en la localidad de su residencia y la progenitora para retornarlo cuando finalicen los períodos de estancia, lo que conlleva la desestimación de este motivo del recurso.

**SEXTO.-** Entrando en el último motivo de apelación, referente al error en la valoración de la prueba en relación a la cuantía de la pensión alimenticia para el hijo establecida en la sentencia por importe de 270 € mensuales que, según el parecer de la apelante, debió ser de 450 € mensuales, cabe recordar que la obligación de alimentos de los hijos menores constituye una obligación de Derecho Natural derivada del hecho mismo de la procreación, obligación incondicional, de modo que la ley exige que en la fijación de su cuantía se atiende a principios de proporcionalidad entre las necesidades de los hijos y la capacidad económica de los padres. La separación o la ruptura del vínculo entre los padres, en modo alguno hacen perder la relación de filiación que, da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación a éstos de prestarlos ( STS 29 junio 1988). Y si bien en orden a la cuantía de los mismos, ésta tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe ( STS. de 14 de febrero de 1976 y 5 de noviembre de 1983), es -refiere por ej. la SAP de Badajoz sec. 3ª de 31 de julio de 2014 - aun mas intensa la extensión y tratamiento de los alimentos derivados de la patria potestad, por la propia naturaleza de la relación que los genera, al régimen legal de los alimentos entre parientes, regulados en los arts. 142 y siguientes del citado Código, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en las sentencias de 5-10-1993 y 16-7-2002, lo que significa que ha de procurarse la mayor contribución posible por parte de los padres, porque las medidas relativas a los alimentos no derivan del innegable derecho de los hijos a exigirlos de sus padres, sino de la situación de convivencia familiar, razón por la que la consideración del criterio de proporcionalidad que prevé el art. 146 del Código Civil, es sólo relativa, porque tratándose de hijos menores, se ha de atender sobre todo a las necesidades de los hijos, de conformidad con lo regulado en el art. 93 del mismo Código, en el que se prescribe que las prestaciones se acomodarán a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, y sólo muy relativamente ha de atenderse a los ingresos del obligado".

Se señala en el recurso que de las manifestaciones realizadas por el Sr. Braulio a la apelante durante más de siete años que duró la relación, le había indicado que ganaba más de 2.500 € y que tenía ahorrado más de 180.000 €, y que si manifestó que abonaba al mes 450 € es porque los podía pagar.

Como indica la Sentencia de la AP Cáceres de 11 abril 2014 " *Es conocida la enorme dificultad de concretar los ingresos de los profesionales liberales y autónomos, por la existencia de un régimen tributario en ocasiones opaco que hace dudar de la certeza absoluta de los datos allí recogidos. De esta situación se han hecho eco múltiples sentencias de las Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Huelva, Sección 1ª de 16 septiembre de 2008 indicó que "La experiencia de la vida enseña que es muy frecuente (sobre todo en profesionales liberales y trabajadores autónomos)...la extensión de la llamada «economía sumergida», fiscalmente opaca, que es un factor favorecedor de la ocultación de la real situación patrimonial del sujeto pasivo. A ello hay que sumar las dificultades del aparato inspector tributario para investigar aquella realidad y la extendida resistencia al cumplimiento de los deberes fiscales. Todos estos hechos hacen que la fiabilidad de las declaraciones presentadas por los contribuyentes sea escasa", en este ámbito (..) Y es que la dificultad por la opacidad antes expuesta hace que, en estos casos, se pida un especial esfuerzo probatorio a estos profesionales para demostrar sus circunstancias económicas. Es ejemplo de esta tendencia la SAP de Murcia, Sección 4ª, 9 de septiembre de 2012, en la que se indica que "de acuerdo con el criterio de esta Audiencia Provincial, plasmado entre otras en las Sentencias, de su Sección Primera de 28 de julio de 2003 y 16 de junio de 2010 de su Sección Cuarta, en determinados casos, en los que los ingresos económicos de quien viene obligado a la prestación de alimentos, derivan del ejercicio de profesionales liberales, participación en sociedades o percepción de comisiones complementarias del salario fijo, como acontece en este caso, se impone sin duda una mayor exigencia probatoria al respecto conforme a lo dispuesto en el artº. 217 de la LEC, derivada de la mayor facilidad y disponibilidad de quién es perceptor de tales ingresos".*



La resolución recurrida mantiene la pensión en 270 € mensuales.

Debe tenerse en cuenta que en Auto de fecha 12.7.2016 quedó fijada en 200 €, folio 223, pero por Auto de fecha 15.9.2016 se elevó a 270 € tomando en consideración que el Sr. Braulio manifestó que percibía 1.300 € mensuales y que reside en la vivienda de sus padres.

Esta cantidad se considera suficiente pues tiene en consideración los únicos datos con los que se cuenta para justificar que los ingresos del padre son los alegados. Así, obra a los folios 55 a 58 los ingresos que obran en la declaración de la renta del año 2015, percibiendo 814'74 € por rendimiento del capital mobiliario más 13.391'16 € por rendimiento de actividades económicas, lo que hace un total de 14.205'90 €, esto es, 1.183'82 € al mes.

Además, la fijada en la instancia es la cantidad que resulta aplicando las tablas orientadores del CGPJ partiendo que son nulos los ingresos de la progenitora, siendo así que percibe una ayuda.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a las costas procesales, teniendo en cuenta la naturaleza de la materia objeto de discusión y la interrelación de las cuestiones suscitadas en el recurso, todo ello en recta interpretación de los principios que informan los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expresa imposición a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña.Susana Torrecilla Otero, en nombre y representación de DÑA. Ramona , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm.1 de DIRECCION000 , con fecha 22 de marzo de 2017, en el Juicio Ordinario nº222/2016, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos.

No se hace expresa imposición de las costas procesales causadas en la alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de conformidad con los criterios de admisión recogidos en el Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27.1.2017; recursos que se interpondrán en el plazo de veinte días y ante esta misma Sección, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de apelación, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.