



Roj: **SAP C 727/2019 - ECLI: ES:APC:2019:727**

Id Cendoj: **15078370062019100087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **25/03/2019**

Nº de Recurso: **295/2018**

Nº de Resolución: **33/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CESAR GONZALEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

SENTENCIA: 00033/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA

SECCIÓN SEXTA

SANTIAGO DE COMPOSTELA

Rollo de apelación civil nº 295/18

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ÁNGEL PANTÍN REIGADA, PRESIDENTE

D. JOSÉ GÓMEZ REY

D. CÉSAR GONZÁLEZ CASTRO

SENTENCIA

Núm. 33/19

En Santiago de Compostela, a veinticinco de marzo de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 0000449/2017, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000295/2018** , en los que aparece como parte apelante, **D. Fructuoso** , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. DELFINA PARIENTE POUISO, asistido por el Abogado D. VÍCTOR ANDRÉS GARCÍA DOPICO, y como parte apelada, **Dª Inmaculada** , representada por el Procurador de los tribunales, Sra. ELENA RAMOS PICALLO, asistida por el Abogado Dª FERNANDA ÁLVAREZ PÉREZ, con intervención del **MINISTERIO FISCAL** ; y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. CÉSAR GONZÁLEZ CASTRO, quien expresa el parecer de la Sala, procede formular los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de DIRECCION000 , por el mismo se dictó sentencia con fecha 16 de julio de 2018, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "*l. Estimando parcialmente la demanda, ACUERDO la disolución del vínculo matrimonial entre Doña Inmaculada y Don Fructuoso ; con todos los efectos legales inherentes a ello y las siguientes medidas definitivas:*

1. Ambos progenitores mantienen la patria potestad respecto de los hijos menores de edad, Indalecio y Isidoro , que tienen en común.



2. La guarda y custodia de los referidos hijos menores de edad se atribuye a la progenitora materna, la Sra. Inmaculada .

3. Se establece el siguiente régimen de visitas de los menores con el progenitor paterno, el Sr. Fructuoso :

3.1. *Primera Fase. Hasta el 1 de enero de 2019.*

a) *Los menores tendrán derecho a estar con su padre cuando se encuentre en periodo de desembarco (en tierra); las tardes de los sábados y los domingos de los fines de semana alternos, de 16.00h a 20.00h.*

A tales efectos, el progenitor paterno ha de comunicar, por correo electrónico, a la progenitora materna, y con diez días de antelación, el periodo en que se encontrará desembarcado.

Los menores deberán ser recogidos y entregados en su domicilio, por parte de los progenitores o personas de su confianza que los menores conozcan.

b) *Los menores tendrán derecho a comunicarse por teléfono con su padre una vez a la semana, todas las semanas (se encuentre o no embarcado el progenitor paterno), los miércoles a las 20.00h (hora local), durante quince minutos. Estas comunicaciones se realizarán a través del terminal móvil facilitado a los menores.*

3.2. *Segunda fase. Desde el 2 de enero de 2019 hasta el 2 de mayo de 2019.*

a) *Los menores tendrán derecho a estar con su padre, cuando se encuentre en periodo de desembarco (en tierra); las tardes de los sábados y de los domingos de los fines de semana alternos, de 16.00h a 20.00h; y las tardes de los martes y de los jueves de todas las semanas, desde la salida del centro escolar (o si no fuere día lectivo, desde las 16.00h) y hasta las 20.00h.*

A tales efectos, el progenitor paterno ha de comunicar, por correo electrónico, a la progenitora materna, y con diez días de antelación, el periodo en que se encontrará desembarcado.

Los menores deberán ser recogidos y entregados en su domicilio (salvo cuando tengan que ser recogidos en el centro escolar), por parte de los progenitores o personas de su confianza que los menores conozcan.

b) *Los menores tendrán derecho a comunicarse por teléfono con su padre dos veces a la semana durante todas las semanas (se encuentre o no embarcado el progenitor paterno), los lunes y los miércoles a las 20.00h (hora local), durante treinta minutos. Estas comunicaciones se realizarán a través del terminal móvil facilitado a los menores.*

c) *Los fines de semana que los menores no tengan estancia con su padre, podrán comunicarse con él por teléfono, además, los sábados y los domingos, a las 20.00h (hora local), durante treinta minutos.*

3.3. *Tercera fase. A partir del 3 de mayo de 2019.*

a) *Los menores tendrán derecho a estar con su padre, cuando se encuentre en periodo de desembarco (en tierra); los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar (o si no fuere día lectivo, desde las 16.00h), y hasta el domingo a las 20.00h; y las tardes de los martes y de los jueves de todas las semanas, desde la salida del centro escolar (o si no fuere día lectivo, desde las 16.00h) y hasta las 20.00h.*

A tales efectos, el progenitor paterno ha de comunicar, por correo electrónico, a la progenitora materna, y con diez días de antelación, el periodo en que se encontrará desembarcado.

Los menores deberán ser recogidos y entregados en su domicilio (salvo cuando tengan que ser recogidos en el centro escolar), por parte de los progenitores o personas de su confianza que los menores conozcan.

b) *Durante las Vacaciones escolares y en el caso de que el progenitor paterno se encuentre en periodo de desembarco (en tierra), el régimen será el siguiente:*

- Vacaciones de Verano. Se dividirán en cuatro periodos: el primero, desde el día 1 de julio a las 20.00h hasta día 16 de julio a las 20.00h; el segundo, desde el día 16 de julio a las 20.00h hasta el día 31 de julio a las 20.00h; el tercero, desde el 31 de julio a las 20.00h hasta el 16 de agosto a las 20.00h; y el cuarto, desde el 16 de agosto a las 20.00h hasta el 31 de agosto a las 20.00h. El primer y tercer periodo corresponderá a la madre en los años pares y el segundo y cuarto al padre; y a la inversa en los años impares.

- Vacaciones de Navidad. Se dividirán en dos periodos: el primero, del último día lectivo a las 20.00h hasta el 30 de diciembre a las 20.00h; y el segundo, desde el 30 de diciembre a las 20.00h hasta el 6 de enero a las 20.00h. El primer periodo corresponderá a la madre en los años pares, y el segundo al padre; y a la inversa en los años impares.

- Vacaciones de Semana Santa. Se dividirán en dos periodos: el primero, desde el viernes anterior a Semana Santa a las 20.00h, hasta el miércoles siguiente a las 20.00h; y el segundo, desde este miércoles a las 20.00h

hasta el domingo a las 20.00h. El primer periodo corresponderá a la madre en los años pares, y el segundo al padre; y a la inversa en los años impares.

c) Tanto en periodos lectivos (a) como no lectivos (b), los menores tendrán derecho a comunicarse telefónicamente o por otros medios telemáticos, con cada uno de sus progenitores, cuando se encuentren con el otro, diariamente y durante el tiempo que se estime necesario, en cada caso, y en horario adaptado a sus rutinas diarias.

4. El uso del domicilio conyugal sito en Lugar DIRECCION001 , número NUM000 , de DIRECCION002 , en DIRECCION003 , se atribuye a los menores y a la progenitora materna, la Sra. Inmaculada .

5. Se establece una pensión de alimentos a cargo del progenitor paterno, el Sr. Fructuoso , y a favor de cada uno de los hijos, de 400 euros mensuales (800 Euros en total), que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la Sra. Inmaculada . Dicha cantidad será actualizada anualmente, con efectos el 1 de enero de cada año, conforme a la variación anual del IPC que establezca el INE u Organismo que lo sustituya.

6. Los gastos extraordinarios de los menores serán abonados en un 50% por cada uno de los progenitores. Se considerarán extraordinarios, sin perjuicio de otros en que puedan incurrir los menores: los gastos relativos a excursiones escolares, clases de refuerzo y actividades extraescolares (y en particular, inglés, natación, tenis, vela y música); así como los gastos sanitarios y farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social.

II. No se hace expresas imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Fructuoso se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal, donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y celebrándose la correspondiente deliberación, votación y fallo el pasado día 9 de enero de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por la procuradora de los tribunales D.^a Delfina Pariente Pouso, en nombre y representación de D. Fructuoso , se formuló recurso de apelación frente la sentencia 81/2018, dictada el 16 de julio de 2016 en el proceso de divorcio contencioso 449/2017 seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de DIRECCION000 .

Los motivos aducidos son:

1.- En relación a la guarda y custodia y régimen de visitas

a) Se plantea la ilicitud de la prueba consistente en la reproducción de la grabación captada supuestamente entre la recurrente y sus hijos.

b) En consecuencia, no cabe aplicar restricción alguna en las visitas y en las comunicaciones entre el padre y los hijos.

c) Se debe disponer, no solo el cese en la aplicación del régimen de comunicaciones y vistas acordado en la sentencia sino que sea compelida la progenitora a que fije fechas para recuperar aquellas de las que fue privado el padre durante la sustanciación del recurso.

2.- En relación con la pensión de alimentos y distribución de los gastos extraordinarios

a) No existe ninguna necesidad de gasto especial de los menores. Acuden a centros públicos de educación. La sentencia establece que el mínimo para los menores de edad de los hijos litigantes debe quedar fijado en 250 euros para cada uno. Si adicionamos aproximadamente 150 euros que acredita la adversa en concepto de actividades extraescolares y lúdicas de los menores, la cifra de gasto supondría 650 euros mensuales para satisfacer entre dos partes iguales.

No obstante, la cifra de 500 euros mensuales para los menores sería la cifra más equitativa a la hora de fijar los gastos en que ellos suponen para ambas partes y que deberán ser distribuidos entre los dos litigantes.

c) Debido al principio de proporcionalidad, deberían aportar ambos progenitores a partes iguales, toda vez que la ahora recurrida ganta un mínimo mensual de 1800 euros al mes, multiplicado por 12 pagas mensuales y



dos gratificaciones extraordinarias, tal como se refleja en sus declaraciones de renta. A ello cabe añadir que la esposa se ha quedado con el uso de la vivienda conyugal, que es titularidad de ambas partes.

Paralelamente a ello, el recurrente percibe unos 2800 euros al mes, según extractos bancarios, a los que se ha de añadir una liquidación por fin de campaña de 2300 euros aproximadamente. De dichos ingresos habrá que deducir los 825 euros de cotización a la Seguridad Social. Además, se ha de tener en cuenta los gastos periódicos acreditados y la financiación de su vehículo.

En consecuencia, el recurrente dispondría para gastos propios 1200 euros.

d) De todo ello, cabe destacar que la capacidad económica de ambas partes sería similar (incluso menor la del esposo que la de la esposa), lo que obligaría a considerar que, de los 1000 euros de coste mensual que se ha estimado de alimentos a los menores, debiera corresponder a esposo la mitad, esto es los 500 euros ofrecidos en la vista.

e) Se cuestiona igualmente el pronunciamiento respecto del pago de la mitad de los gastos de las actividades extraescolares (guitarra, tenis, vela, inglés, etc.) que menciona la sentencia por considerar que infringiría la jurisprudencia al respecto sentando por el Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- SOBRE LA GUARDIA CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO.

1.- REGULACIÓN LEGAL Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE

1.1.- El Código Civil establece:

- En el artículo 92:

" 1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores."

- En el artículo 94:

" El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.



Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor. "

1.2. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha declarado como doctrina jurisprudencial consolidada que la interpretación de dicho artículo debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares" , se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas" , se ponderará " el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo" , "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara" . La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

El interés superior del menor opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos"

1.3.- El art. 94 del Código Civil encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior de dicho menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de inferior rango, no resulta por ello desdeñable

El artículo 94 del Código Civil , que ha de ponerse en relación con el 160 del mismo texto legal, contempla y regula el régimen de visitas y comunicación de los hijos con los progenitores, e incluso con los abuelos, en situaciones de crisis matrimonial. Al decidir sobre dicho régimen, incluida su limitación o suspensión, los tribunales se encuentran subordinados al interés y beneficio del menor y, de ahí, que se decrete la restricción o adopción de cautelas especiales cuando tal decisión sea necesaria en interés superior del niño o en supuestos concretos por presentarse un peligro real para la salud física, psíquica o moral del menor.

Resulta precepto imperativo dicho artículo 160 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. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario, actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo la edad de éste.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial" (sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008).

Los acuerdos y convenios internacionales sobre protección de menores contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 , así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del



Niño (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada la ratificación en el Boletín Oficial del Estado del siguiente 31 de diciembre): "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Y en el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992: "En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño". O en el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses". El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.

1.4.- La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establece que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete "las reglas de la sana crítica", podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente.

1.5. Conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, será ilícita la prueba de una grabación de una prueba si se graba por terceros (cuando los interlocutores no son parte en el procedimiento) y cuando trata de aspectos que se refieren a la vida íntima de la persona a quien se graba.

En tal sentido, la sentencia de la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 20 de noviembre de 2014, dice:

" Al ser indiscutible que la demandada grabó la conversación que mantuvo con el demandante, pese a que sea difícil la reproducción porque la grabación es casi inaudible, según se afirma en la instancia, debe decidirse si la conversación grabada afectaba a la esfera de la intimidad personal del demandante, requisito necesario para que se haya producido una vulneración de la intimidad.

Para responder a esta cuestión hemos de acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su STC 170/2013, de 7 de octubre declara lo siguiente: "según reiterada jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana". A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido". Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada" (STC 159/2009, de 29 de junio , FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril , FJ 8). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la "esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena"; en consecuencia "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" (STC 241/2012, de 17 de diciembre , FJ 3), de tal manera que "el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" (STC 173/2011, de 7 de noviembre , FJ 2). Asimismo, también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero , FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio , FJ 5) ".

2.- APLICACIÓN EN EL PRESENTE LITIGIO. NO PROCEDE RESTRICCIÓN ALGUNA EN EL RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES POR UN USO INAPROPIADO DEL MISMO.



Procede fijar ya como régimen de visitas y comunicaciones el señalado la sentencia como la tercera fase (a partir del 3 de mayo de 2019), ya que:

2.1.- En el presente caso, en la sentencia se limita el régimen de comunicaciones y visitas del progenitor no custodio porque este ha vendido utilizando las mismas con sus hijos para realizar averiguaciones sobre relaciones personales y sociales de la madre de forma obsesiva, dado que no ha asumido oportunamente la separación.

La prueba en que se ha sustentado tal afirmación es la declaración de la demandante, grabaciones de las conversaciones del padre con los hijos y correos y conversaciones de WhatsApp entre el recurrente a D. ^a Inmaculada .

2.2.- En primer, en cuanto a la cuestión planteada respecto a la licitud de la prueba de las grabaciones, cabe considerar que, a través de dicha prueba, se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que consagra el artículo 18.3 de la Constitución . Son conversaciones que mantenía D. Fructuoso con sus hijos que por su propia naturaleza forman parte de la relación de intimidad entre los mismos, sin que la madre tenga derecho a interferir las mismas salvo que dispusiese de la necesaria autorización judicial si la hubiese solicitado por existir algún indicio delictivo. El contenido de la patria potestad no alcanza al desvirtuar ni limitar el derecho fundamental a la libertad y secreto de las comunicaciones que pertenece, esencialmente, a los propios hijos y, en este caso, al padre de los mismos, que ostenta un pleno derecho fundamental a mantener conversaciones íntimas con los mismos de carácter confidencial. Las únicas excepciones establecidas por la jurisprudencia a este respecto se refieren a las conversaciones en las que interviene la propia persona que interviene en la misma, lo que tampoco es el caso de autos.

2.3.- Por otra parte, ambas partes, tal y como se señala en la sentencia están conformes en que se establezca un régimen de visitas con el progenitor paterno. Y se señala en la sentencia que redundaría en interés de los menores el establecimiento de un régimen de visitas con el progenitor no custodio, de forma que permita desarrollar su relación paterno - filial con él, adecuadamente.

2.4.- Además, si se estima conveniente el régimen de visitas y comunicación con el progenitor paterno, si en este último existe una voluntad controladora sobre su excónyuge, la solución no es restringir las visitas y las comunicaciones; hecho que, en último extremo, perjudica a los hijos. Si tal régimen daña a los menores, entonces lo que procede es suspenderlo. No cabe establecer una restricción del mismo con el progenitor paterno como un castigo a este último. Tampoco, se entiende como puede corregir la conducta errónea del padre. Además, se sigue manteniendo la comunicación, con lo cual no se garantizaría la voluntad controladora. Las medidas a adoptar serían otras.

El acta de exploración del menor Indalecio ponen de manifestó el deseo del mismo de estar con su padre.

2.5.- En todo caso, el padre debe de cesar en cualquier tipo de conducta expuesta por la actora. Es inapropiada. El riesgo de su permanencia es, como mínimo, la posibilidad de la suspensión del régimen de visitas y comunicación con sus hijos

2.6.- No cabe la recuperación de aquellas de las que fue privado el padre durante la sustanciación del recurso. Establece el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil :

" Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio. "

TERCERO.- ABONO DE PENSION DE ALIMENTOS

1.- REGULACIÓN LEGAL Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1.1. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil , y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 del Código Civil .

1.2. Se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que dicha obligación está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 de la Constitución Española , y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico. De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no. Al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existe son deberes insoslayables inherentes a la filiación,



que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de irreprochabilidad en su falta de atención.

1.3.- Este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 del Código Civil, esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia"

1.4. Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil.

1.5. Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.

2.- APLICACIÓN EN EL PRESENTE RECURSO

2.1. En la sentencia recurrida, se fija como cuantía de la pensión de alimentos la suma de 800 euros en total, con la cual el padre habrá de contribuir al sostenimiento de sus dos hijos (400 euros, cada hijo).

2.2. Es correcta dicha suma atendiendo a los siguientes factores:

a) Capacidad económica de los progenitores

Se considera que la determinación de la capacidad económica de D. Fructuoso que se establece en la sentencia es correcta. Por dicha parte no se ha aportado documentación contrastable para determinar objetivamente sus ingresos. Además:

- En el documento 11, de los que acompañan la demanda, se acredita que ha percibido por la liquidación del viaje V-1-2-3-4/17, la suma bruta de 51027,01 euros, desglosada: en salarios, 8093,48 euros; en Seguridad Social, 4687,53 euros; y en prima por toneladas descargadas, 38246 euros. A ello, se han deducido 26,947,48 euros por anticipos y 1466,34 euros por gastos de teléfono.

- Conforme documento obrante en folio 290, percibe mensualmente de DIRECCION007 la suma de 2822,98 euros a través de CAIXA BANK. Otro tanto se deduce de los movimientos de la cuenta de CAIXABANK (folios 247 a 256 y 347 a 352).

- En el contrato de embarque (folios 158 a 162) formalizado el 16 de agosto de 2017 entre D. Fructuoso y la empresa DIRECCION007, propietaria del buque DIRECCION004, se establece un salario base mensual que se devengará a partir del momento de embarque y que se cobrará todos y cada uno de los meses por valor de 600 euros. Adicionalmente, se devengará una paga extraordinaria en el mes de julio y otra en el mes de diciembre, cada una equivalente al importe de un salario mensual. Se estableció, asimismo, una prima de pesca por valor de 4,50 euros/TM por la media aritmética del pescado en condiciones de comercialización capturadas por los buques DIRECCION005 y DIRECCION006. De las capturas se descontará el pescado de 1,5 kg o inferior. Aunque la prima por pescado sea inferior a la del el contrato anterior, no se puede ignorar que es por la descarga de dos buques. Además, se pacta una prima de reembarque. También se reconoce al tripulante contratado el derecho a la percepción de un anticipo mensual a cuenta de la liquidación a percibir al final de la campaña de pesca.

- En el documento número 2 (folio 346), se presenta una liquidación desde 08.9.2017 hasta al 31.12.2017, determinándose el total de haberes en 10557,94, habiéndose realizado ingresos mensuales de 8000 euros. Resulta inexplicable la variación salarial en las mensualidades (700 y 2000 euros).

Del análisis de dicha documentación, se puede colegir que los ingresos mensuales en torno a 2800 de D. Fructuoso son un anticipo a cuenta de la totalidad de haberes.

En consecuencia, es correcto el cálculo de ingresos realizado en primera instancia.



En relación a la madre, el elemento fundamental que no se ha de servir para determinar dicha capacidad, aproximadamente, es el informe de la Agencia Tributaria del año fiscal 2017, en el que se constata una retribución de 32487,26 euros, una retención de 5828,68 euros y gastos deducibles de 1559,51 euros. También las nóminas aportadas de enero a mayo de 2018, en las que consta una percepción de una nómina mensual de 1634,51 euros.

De todo ello, se constata que D. Fructuoso obtiene unos mayores ingresos anuales que D. Inmaculada .

Además, se ha valorar los desvelos, cuidados y atenciones permanentes que los menores necesitan y que en mayor parte indiscutiblemente presta la progenitora que los tiene a su cargo por constituir una derivación de la prestación de alimentos en el seno de la vivienda familiar, especialmente cuando el padre se encuentra embarcado.

b) Necesidades de los menores

Como ya se ha señalado, a cuantía de la prestación alimenticia viene determinada esencialmente por el caudal o la fortuna del deudor y por las necesidades del alimentista (arts. 146 y 147 del Código Civil), de modo que esta obligación incumbe a ambos progenitores de forma no solidaria sino mancomunada y en proporción a su caudal respectivo (art. 145, párrafo primero, del Código Civil), si bien, en los casos de crisis matrimonial, hay que valorar especialmente la dedicación personal a los hijos de aquél con el cual conviven (art. 103-3ª, párrafo segundo, en relación con el 149, del Código Civil). Todo ello, sin perjuicio de considerar que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos a los parientes, las cuales serán aplicables a los alimentos debidos como consecuencia de la patria potestad sólo con carácter indicativo, permitiendo criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio e interés del menor.

El progenitor custodio en su contestación consideró que la madre debía una pensión de alimentos a favor de los hijos comunes de 600 mensuales actualizables.

Teniendo la valoración que realiza el padre sobre las necesidades de los menores y que se van incluir entre los gastos ordinarios los relativos a clases de inglés, así como los de natación, tenis, vela y música, a los que asisten los menores en la actualidad, se considera la suma fijada en la sentencia como correcta.

CUARTO.- GASTOS EXTRAORDINARIOS.

1.- REGULACIÓN LEGAL Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE

1.1.- Esta Sección ya se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre lo se ha de entender por gastos extraordinarios. Así:

- En auto 16/2018, de 23 de marzo:

" *SEGUNDO.- Una vez delimitadas las cuestiones objeto del recurso, hemos de reiterar lo ya señalado por este tribunal en anteriores resoluciones sobre el concepto de gastos extraordinarios y sobre las clases de apoyo.*

En efecto, en cuanto al concepto de gastos extraordinarios, hemos dicho que "los gastos extraordinarios son los que requiera la atención y cuidado de los menores, que no se devenguen de forma periódica o previsible y que excedan de los que normalmente comporta su alimentación, salud, vestido o educación" (SAP A Coruña, Sección 6ª, de 30/07/2011); o que "En ausencia de un concepto legal de gastos extraordinarios la jurisprudencia ha precisado que merecen esta consideración los excepcionales, por no ser habituales ni previsibles y por ser anómala su cuantía" (SAP de A Coruña, Sección 6ª, de 24/05/2011).

En el auto de fecha 12 de diciembre de 2014 ya dijimos que "uno de los elementos esenciales del gasto extraordinario es que se trate de un gasto excepcional, que no sea previsible ni habitual. En este sentido, se comparten plenamente los argumentos contenidos en el fundamento jurídico cuarto de la resolución impugnada para descartar que esas clases de apoyo constituyan un gasto de carácter extraordinario ya que en el año 2008 y por tanto, esa necesidad ya debió ser tenida en cuenta en ese momento. El hecho de que las asignaturas objeto de dichas clases vayan cambiando no implica que los padres en el momento de la firma del convenio no fuesen conscientes de que el menor tenía necesidad de ese apoyo".

En la misma línea, en el auto de fecha 14 de marzo de 2013 señalamos que "las clases de apoyo, en distintas variantes, se han desarrollado desde octubre de 2009 hasta noviembre de 2011, en lo que se refiere a lo que es objeto de reclamación en éste procedimiento. El diagnóstico de un trastorno por déficit de atención e hiperactividad el menor, que repercute en su rendimiento escolar y hace necesarias las clases de refuerzo, era conocido cuando se firmó el convenio regulador de 21 de junio de 2008. Se trata de gastos de posible previsión y periodicidad prefijada por lo que, según lo expuesto en el razonamiento precedente, no tienen la consideración de gastos extraordinarios, que en ocasiones precedentes hemos negado a las clases extraescolares cuando



se convierten en habituales. Por ello deben considerarse incluidos en la pensión de alimentos, sin perjuicio de destacar que su devengo posterior al convenio regulador puede ser motivo para la modificación del importe de la pensión de alimentos".

En el supuesto de autos, la apelada reconoce que en el momento en que se firmó el convenio regulador (enero de 2017) esos gastos ya existían. Ella misma alega que su hija se incorporó al aula pedagógica en febrero de 2015 e incluso reconoce que ello conllevó un incremento de la pensión alimenticia. En cuanto a las clases de inglés, no se cuestiona lo señalado en el auto apelado cuando afirma que la menor acudió a las mismas desde octubre de 2014 hasta enero de 2017. Por tanto, nos encontramos ante unos gastos previsibles y periódicos en el momento de la firma del convenio regulador y por tal motivo, no existe razón alguna que justifique el cambio del criterio mantenido por este tribunal en ocasiones anteriores, sin perjuicio de que se pueda instar variado sustancialmente."

- En sentencia 253/2017, de 29 de diciembre, recurso 248/2017 :

" Concepto de gastos extraordinarios.

Finalmente, plantea la recurrente la determinación de los gastos extraordinarios instando que se consideren como tales, además de los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, los de actividades extraescolares tanto de carácter lúdico como formativo, ropa y otros equipamientos necesarios para dichas actividades y viajes escolares.

Es de nuevo la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que nos da las claves para resolver la cuestión suscitada. Así la STS nº 579/2014 de 15 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4438/2014 - ECLI: ES: TS: 2014:4438 , Ponente: JOSE LUIS CALVO CABELLO). El Tribunal Supremo analiza la cuestión debatida, y tras recordar algunos conceptos sobre la obligación legal de alimentar a los hijos menores (arts. 93 , 142 , 143 , 154 , 110, del Código Civil), resuelve en el siguiente sentido:

"1. Los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto.

2. La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes.

3. Establecido lo anterior, son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos."

Atendiendo a los parámetros expuestos, es claro que el pronunciamiento tal y como se solicita no se pueda hacer, dado que habrá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso. Puesto que, es posible que los gastos en clases extraescolares y su equipamiento o los de viajes escolares sean periódicos año tras año, lo que los convierte en previsibles y por tanto escaparían del marco fijado por el Tribunal Supremo ."

2.- VALORACIÓN EN EL PRESENTE JUICIO

Procede excluir de los gastos extraordinarios los relativos a clases de inglés, tenis, natación, vela y música de los hijos Indalecio y Isidoro . La razón es que se trata de gastos que:

a) No exceden de los que normalmente comporta la educación de los menores. Son relativos a formación cultural y educación física de los hijos.

b) Se han fijado de forma periódica y previsible. En la demanda se indica las actividades extraescolares que realizan los menores, distinguiéndose las que se realizan durante el curso escolar y en verano. No se ha cuestionado por las partes la permanencia, aunque sea periódica, de las mismas.

QUINTO.- COSTAS PROCESALES

Por la peculiar naturaleza de los procesos de familia no se hace imposición de las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales D.ª Delfina Pariente Pouso, en nombre y representación de D. Fructuoso , frente a la sentencia 81/2018 , dictada en el proceso de divorcio contencioso 449/2017 seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de DIRECCION000 , y, en consecuencia, acordamos:

- 1.- Fijar desde este momento como régimen de visitas y comunicaciones el señalado la sentencia como tercera fase (a partir del 3 de mayo de 2019).
- 2.- Excluir de los gastos extraordinarios los relativos a clases de inglés, tenis, natación, vela y música de los hijos Indalecio y Isidoro .
- 3.- Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en tanto no se contradictorios con los expresados en la presente resolución.

No se imponen las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurran los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia certifico.