



Roj: **SAP GC 3237/2007 - ECLI: ES:APGC:2007:3237**

Id Cendoj: **35016370032007100593**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2007**

Nº de Recurso: **740/2007**

Nº de Resolución: **602/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RICARDO MOYANO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Illtmos. Sres.

Presidente:

D./D^a. Ricardo Moyano García (Ponente)

Magistrados:

D./D^a. Ildfonso Quesada Padrón

D./D^a. Jose Antonio Morales Mateo

En Las Palmas de Gran Canaria , a 21 de diciembre de 2.007

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 10 de abril de 2007 APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: D./Dña. Silvio . VISTO, ante la AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA , el recurso de apelación admitido a la parte demandante , en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de fecha 10 de abril de 2007 , seguidos a instancia de D./Dña. Silvio . representados por el Procurador D./Dña. Carmen Delia Ramos Herrera y dirigido por el Letrado D./Dña. Carlos Herrero Calvo , contra D./Dña. María Inés representado por el Procurador D./Dña. Luis Fernando León Ramírez y dirigido por el Letrado D./Dña. Agustin Guillermo Santana Santana .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice: Que estimando como estimo parcialmente la demanda de **DIVORCIO** formulada por la Procuradora Dña. Carmen Delia amos Herrera en la representación que tiene acreditada de D. Cornelio contra Dña. María Inés , representada por el Procurador D. Luis León Ramírez debo acordar y acuerdo el **DIVORCIO** de los cónyuges con todos los efectos legales y en especial con los siguientes:

- 1) Cese de la obligación de convivir en el mismo domicilio.
- 2) Mantenimiento de la revocación de todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hayan otorgado.
- 3) Disolución del matrimonio y disolución del régimen económico conyugal si aún no estuviera disuelto.
- 4) Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor Jose Ramón a su madre Dña. María Inés , manteniendo ambos progenitores la patria potestad.
- 5) Se establece para la comunicación de Jose Ramón y su padre D. Cornelio el régimen de visitas que se ha descrito en el fundamento de Derecho segundo de esta sentencia.
- 6) Se establece una pensión de alimentos para el menor Jose Ramón a cargo de D. Cornelio de CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES, cantidad que deberá actualizarse anualmente por aplicación del IPC



desde el mes de la presente sentencia y que deberá ingresar el demandante en la cuenta corriente que la demandada designe en los cinco primeros días de cada mes.

No procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 23 de Noviembre de 2.007.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la Sentencia el Ilmo. Sr./a. D./Dña. Ricardo Moyano García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Versa el recurso del esposo-apelante sobre la pensión de alimentos concedida a favor del hijo menor; el recurso se proyecta en dos direcciones, la denegación de los alimentos en sí mismos por no haber nacido dicho hijo en el momento de la fase de alegaciones del proceso, sino incluso después de finalizada la vista -se celebró el 15-12-2006 y el niño nació el 24-12- 2006-, y además por tener dudas el apelante sobre su paternidad; y la segunda en el "quantum" de los alimentos, ya que no es posible valorar las necesidades alimenticias del recién nacido en 600 € mensuales, como hace la sentencia apelada, para establecer a cargo del esposo la suma de 400 €, siendo razonable fijar los alimentos, de concederse, en 150 € mensuales.

SEGUNDO: No podemos entrar en este procedimiento en la cuestión de si el recién nacido es hijo o no del apelante, dado que conforme a la presunción marital del art. 116 del CC se presumen hijos del marido los nacidos en el plazo de 300 días desde la separación de hecho, y por un lado en este proceso no se ha probado la fecha real del cese de la convivencia entre los cónyuges -según el padre fue el 3 de marzo de 2006, según la madre el 31 de marzo de 2006-, por otro lado el hijo está inscrito en el Registro Civil como del demandante habiendo realizado la declaración ambos progenitores por lo que mientras no se presente demanda de impugnación de filiación y recaiga sentencia hemos de atenernos a lo que resulta de la presunción no destruida y a lo que publican las actas del Registro Civil, y por último, en el mejor de los casos, tomada la fecha del 3 de marzo de 2006 como del cese de la convivencia el 24 de diciembre de 2006, sólo habrían transcurrido 297 días en el momento del parto, por lo que con independencia de la inscripción registral, que acredita la filiación "iuris tantum" conforme al art. 113 del CC, la propia presunción lleva a establecer incluso en defecto de inscripción la presunción de paternidad marital. Así pues, sin perjuicio de que el apelante deduzca demanda de impugnación de filiación, a los efectos de este proceso la filiación está determinada y produce todos sus efectos jurídicos.

La cuestión procesal, por otro lado, se ha de solucionar a favor de la fijación de alimentos en el proceso de **divorcio**, pues en este tipo de procedimientos la perpetuación de la jurisdicción y del objeto litigioso sufre importantes atenuaciones en aras del interés público que lo anima, y así el art. 752 de la LEC permite introducir hechos nuevos en cualquier momento del proceso, que es lo que ha sucedido en este caso en que el hijo nació una vez celebrada la vista pero antes de que recayera sentencia, habiéndose informado a las partes del hecho del nacimiento por lo que no ha existido indefensión alguna. Por otro lado, el art. 29 "in fine" del CC obliga a tener al "nasciturus" nacido para todos los efectos favorables, por lo cual, dado que en el momento de contestar la madre la demanda se encontraba en estado de gestación, su petición de alimentos para su futuro hijo fue ajustada a derecho incluso prescindiendo del art. 752 de la LEC.

TERCERO: Respecto a la cuantía de los alimentos, ya en otras resoluciones hemos discrepado del procedimiento por el cual la "iudex a quo" determina el montante ideal de los alimentos de los hijos en los casos de crisis matrimonial, para luego fijar la cuota porcentual a cargo del progenitor no custodio. Según tales reglas, el dinero necesario para atender a los alimentos de un hijo engloban el numerario preciso para que se abonara a una trabajador doméstico que cuidara a dicho menor, incluyendo la limpieza de su habitación y enseres, lo cual valora en 350 €. Este razonamiento ignora que la contratación de personal de servicio doméstico no es posible cuando los ingresos familiares son escasos, por lo que la cuantificación del trabajo "in natura" que supone el tiempo que el progenitor custodio dedica al cuidado de su hijo no puede realizarse con tal criterio de remuneración, sino conforme al status socioeconómico de dicha familia. Y así por ejemplo una familia no separada ni divorciada en la que sólo trabajara uno de sus miembros y obtuviera un salario habitual del orden de 800-1000 € mensuales, teniendo que atender a los cuantiosos pagos del alquiler de vivienda o hipoteca, y a la propia alimentación de los cónyuges, vestido, suministros energéticos, etc., no se alcanza a ver cómo podría invertirse 600 € en alimentar al hijo. Cuando la familia se rompe, para colmo, lo ordinario es que se tengan que procurar alojamiento por duplicado, y que se eleven los gastos alimenticios propios, con lo que la operación resulta todavía más inviable económicamente. Dicho de otro modo, la aspiración a valorar el



trabajo de cuidado de los hijos en el equivalente a lo que percibiría un trabajador doméstico sólo es factible para unidades familiares que pudieran destinar una parte de sus recursos a la contratación de este tipo de servicio, pero no puede ser estimada en los restantes supuestos, donde se ha de partir, de acuerdo con los parámetros del art. 142 y ss. del CC, de la ecuación entre capacidad económica de alimentante y necesidades del alimentista, cubriendo total o parcialmente la cuota del progenitor custodio mediante su trabajo "in natura" de cuidado del hijo, pero sin establecer la analogía con el valor de la prestación de un trabajador de servicio doméstico.

Por todo lo expuesto, dado que la madre carece actualmente de empleo, y que el padre obtiene unos ingresos en el restaurante en el que labora del orden de 1.300 € mensuales, procede fijar los alimentos en 250 € mensuales.

ULTIMO: Sobre las costas de la segunda instancia, con arreglo al art. 398 de la L.E.C. 1/00, no se atribuyen dada la parcial estimación del recurso.

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D./Dña. Silvio . . , contra la sentencia de fecha 10 de abril de 2007, dictada por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, se fijan los alimentos en la suma de 250€ mensuales, manteniendo los criterios de actualización de la sentencia apelada, que se confirma en sus restantes particulares. No se imponen costas del recurso. Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse de recibo.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.