



Roj: **SAP P 64/2017 - ECLI:ES:APP:2017:64**

Id Cendoj: **34120370012017100064**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2017**

Nº de Recurso: **401/2016**

Nº de Resolución: **26/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS MIGUELEZ DEL RIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00026/2017

N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

N.I.G. 34120 41 1 2015 0002260

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000401 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 7 de PALENCIA

Procedimiento de origen: FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000345 /2015

Recurrente: Domingo , Remedios

Procurador: ELENA RODRIGUEZ GARRIDO

Abogado:

Recurrido: MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FICAL

Procurador:

Abogado:

Este Tribunal compuesto por los Sres. Magistrados que se indican al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA Nº 26/17

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Ignacio Rafols Pérez

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Mauricio Bugidos San José

D. Carlos Miguélez del Río

En Palencia a tres de febrero de dos mil diecisiete.



Vistos en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los presentes autos nº 345/2015, sobre Procedimiento de Familia, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Palencia, en virtud del recurso de apelación contra la sentencia dictada en referidos autos el día 5 de mayo de 2016, interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Garrido en representación de Domingo , figurando como parte apelada e impugnante Remedios representada por la Procuradora Sra. Abad Helguera y con la intervención del Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado Carlos Miguélez del Río.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hechos contenidos en la resolución recurrida.

SEGUNDO .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Palencia, se dictó sentencia el día 5 de mayo de 2016, en Autos Procedimiento de Familia cuya parte dispositiva dice " que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de Remedios , e igualmente estima parcialmente la demanda reconventional interpuesta por la representación procesal de Domingo , acordando las siguientes medidas: 1.- la guarda y custodia del hijo común de las partes, Alfonso , se atribuye a Remedios , quedando compartida la patria potestad entre ambos progenitores; 2.- se atribuye a favor de Domingo régimen de visitas consistentes en poder tener en su compañía a su hijo Alfonso del modo siguiente: a) fines de semana alternos, que coincidirán con aquellos en los que el padre visita a su otra hija menor de edad; recogiendo al menor Alfonso los viernes, ya sea en el domicilio materno y sea en el centro escolar del menor, a las 16,15 horas y devolviéndolo al domicilio materno los domingos a las 20,00 horas. En caso de que el fin de semana que corresponda visita al padre, exista un puente se incluirá este en dicho periodo; b) entre semana, el padre estará en compañía de su hijo los martes y jueves, desde las 16,15 horas a las 20,00 horas en que lo reintegrará al domicilio materno; c) la mitad de los periodos vacacionales de navidad y semana santa, eligiendo el padre el periodo a disfrutar los años pares y la madre los años impares; d) la mitad de los periodos de vacaciones escolares de verano, que hasta que Alfonso cumpla 6 años se dividirán en periodos de quince días, eligiendo en todo caso el padre el periodo a disfrutar los años pares y la madre los años impares; 3.- por Domingo se deberá abonar en concepto de alimentos para el citado hijo Alfonso , la cantidad de 257 euros mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se designe, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo publicado por el INE o el que legalmente le sustituya; 4.- cada progenitor deberá además abonar la mitad de los gastos extraordinarios del hijo común. No se hace imposición de costas a ninguna de las partes".

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Sra. Rodríguez Garrido, en nombre y representación de Domingo .

CUARTO .-Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a la parte apelada, Remedios representada por la Procuradora Sra. Abad Helguera, que presentó escrito oponiéndose a lo pedido por la parte apelante e impugnando la resolución recurrida.

QUINTO .- El Ministerio Fiscal ha informado solicitando la desestimación del recurso interpuesto y de la impugnación formulada.

SEXTO .- Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, tuvo lugar la votación y el fallo de la causa en el día señalado en las actuaciones.

SÉPTIMO .- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El apelante Domingo recurre la sentencia de instancia y solicita su revocación para que, en esta alzada, se dicte otra en la que se acuerde que el régimen de visitas con su hijo menor sea el de la primera mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano los años pares y la segunda los años impares, recogiénolo a las 10,00 del primer día de vacaciones y reintegránolo a las 21,00 horas del último día, para coincidir así con el régimen de visitas de su otra hija menor y que la pensión alimenticia se fije en 150 euros mensuales, en vez de los 275 euros al mes fijado en la sentencia de instancia.

Por su parte, Remedios se opone al recurso de apelación presentado y, a su vez, impugna la resolución recurrida solicitando su revocación y que el régimen de visitas se fije por semanas alternos, recogiendo el padre a su hijo menor los viernes en el domicilio materno o en el centro escolar del menor a las 16,15 horas y devolviéndolo al domicilio materno a las 20,00 horas del domingo y que los puentes se adicione a los fines



de semana incluyéndose en ellos. También pide que el importe de la pensión alimenticia se fije en la cantidad de 309 euros mensuales.

El Ministerio Fiscal ha informado solicitando la desestimación del recurso e impugnación y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO .- Para la resolución del recurso de apelación interpuesto y de la impugnación formulada es preciso partir de los siguientes hechos, cuya realidad consta en las actuaciones: a) Remedios y Domingo mantuvieron una relación sentimental, de la cual el día 4 de octubre de 2012 nació el niño Alfonso ; b) el Sr. Domingo tiene una hija menor fruto de una relación sentimental anterior, habiéndose dictado el día 28 de abril de 2011 sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 donde, entre otros pronunciamientos, se acuerda un régimen de visitas entre el padre y su hija durante los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, correspondiendo al progenitor no custodio la primera mitad de los años pares y la segunda de los años impares; c) consta también que el Domingo recibe una pensión del INSS por incapacidad permanente total, por importe íntegro mensual de 622,71 euros, a cobrar durante 14 mensualidades. Asimismo presta servicios para la entidad Konecta, por lo que recibió 2.471,42 euros durante los meses de octubre a diciembre de 2015 y, en los meses de enero a febrero de 2016, la cantidad de 1.977,01 euros. También consta que, con anterioridad, ha trabajado para la empresa Manpwer percibiendo 8.089,82 euros durante los meses de enero a octubre de 2015 y que, hasta mediados de 2015 trabajó por cuenta de la entidad Asociación de Amigos del Plus Ultra recibiendo unos 300 euros al mes y que, del mismo modo, ha trabajado en la prestación del servicio de transporte por medio de la aplicación Bla-bla-bla. Los ingresos declarados en su IRPF correspondientes al ejercicio de 2014 fueron de 22.225,90 euros y, en el ejercicio de 2013, los ingresos declarados ascendieron a 15.974,53 euros; y d) la Sra. Remedios presta servicios para la entidad Fasa-Renault, habiendo obtenido unos rendimientos por trabajo personal de 3.995,08 euros durante los meses de enero a marzo de 2016 y declarando en su IRPF unos ingresos de 18.195,50 euros, correspondientes al ejercicio de 2014.

TERCERO .- Los motivos invocados en el recurso de apelación y en el impugnación van a ser resueltos conjuntamente por la evidente relación que guardan entre sí.

Como quiera que todos los motivos alegados en los escritos de apelación y de impugnación hacen referencia a los intereses del hijo menor de ambas partes, no está de más recordar que, para su resolución, deberemos tener siempre en cuenta lo que más conviene para el menor citado, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y con lo dispuesto en los arts. 39 de la CE y 92 , 93 , 154 , 158 y 170 del Cc , para así proteger a al menor y preservar su dignidad, los derechos inviolables que le son inherentes, su libre desarrollo de la personalidad y todos los demás derechos que son fundamento del orden público y de la paz social, tal como dispone el art. 10 de la CE .

Ambas partes muestran su disconformidad con la sentencia de instancia en cuanto al régimen de visitas establecido en dicha resolución, concretamente el apelante Sr. Domingo pide que el periodo de visitas con su hijo menor Alfonso correspondiente a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, coincida con el mismo periodo de visitas de su otra hija María Esther . Por su parte, la impugnante Sra. Remedios solicita que es régimen de visitas correspondiente a los fines de semana se establezca totalmente al margen del régimen de visitas que el padre pueda tener con su también hija menor María Esther .

Desde luego, una vez que judicialmente se ha fijado ya el régimen de visitas entre Domingo y su hija María Esther , estableciéndose por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de DIRECCION000 que el padre y su hija menor pueden estar juntos y visitarse en fines de semana alternativos y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, correspondiendo al progenitor no custodio la primera mitad de los años pares y la segunda de los años impares, no parece faltar razón a la parte apelante cuando solicita que se fije el régimen de visitas entre el padre y su hijo Alfonso , hijo tenido en común con la Sra. Remedios , coincidiendo con el mismo régimen de visitas de su otra hija María Esther y ello por cuanto, como expresamente se indica en el informe psicológico emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Palencia, según el cual se considera conveniente que se ajusten los horarios de entrega y recogida del menor y los periodos vacacionales al sistema de comunicación paternofamiliar que mantiene Domingo con su otra hija, y ello con el objetivo de fomentar la relación fraternal entre los hermanos paternos.

Así las cosas, la Sala entiende perfectamente justificado y de interés para los dos hermanos que puedan disfrutar y compartir tiempo de ocio derivado de los fines de semana y vacaciones durante el periodo que ambos van a estar y convivir con su padre. El tema suscitado no se habría planteado por ninguna de las partes de haber sido los dos menores hijos del mismo padre y de la misma madre. Es decir, que si ahora estamos decidiendo sobre esta cuestión tan importante para los citados menores es, sólo y exclusivamente, porque el menor Alfonso y su hermana María Esther son hijos de un mismo padre pero de distinta madre, pero



esta circunstancia, en modo alguno, puede impedir o dificultar que los dos hermanos puedan fomentar su relación fraternal, dicho esto en el exclusivo interés de los menores. Es más, nos parece también beneficioso para los dos hijos que puedan estar juntos y convivir durante el tiempo en que el padre va a disfrutar de sus vacaciones. La convivencia entre el padre y sus dos hijos durante los fines de semana alternativos y las vacaciones escolares no deja de ser un derecho, no sólo del padre sino, sobre todo, de los dos hijos para que, de esta forma, puedan todos ellos disfrutar y convivir durante ese tiempo de ocio y fomentar y favorecer tanto la relación fraternal como paternofamiliar.

La Sala no puede compartir los planteamientos suscitados por la impugnante, reflejados en los supuestos problemas prácticos que se derivarían del susodicho régimen de visitas, ya que nada tiene más importancia y todos los inconvenientes son pocos comparados con el interés de los dos hermanos de relacionarse, de convivir y de fomentar su relación fraternal.

Tampoco consideramos conveniente y de interés para el menor Alfonso acceder a lo pedido por su padre y apelante, en el sentido de que el régimen de visitas con su hijo durante los periodos de vacaciones escolares se establezca sin limitación o restricción alguna, en contra de lo decidido en la resolución de instancia que establece que, hasta que el niño los 6 años de edad, tales periodos se dividan en quince días. Ello es así porque, esta medida, se adopta en interés exclusivo del menor y por expresa indicación de los técnicos que emitieron el informe psicológico antes indicado, donde se dice que lo más conveniente para el hijo menor, dada su corta edad de tres años, los periodos de vacaciones estivales sean por turnos rotativos de quince días.

Por lo tanto, se va a estimar parcialmente en esto el recurso de apelación interpuesto y desestimar la impugnación formulada.

CUARTO .- Sobre el importe de la pensión alimenticia.

En la sentencia de instancia se fijó el importe que el Sr. Domingo ha satisfacer en concepto de pensión alimenticia en 275 euros al mes. Ahora la parte apelante pide que se reduzca a la cantidad mensual de 150 euros, mientras que la parte impugnante solicita su fijación en 309 euros al mes.

En este sentido, conviene dejar ya constancia que siguiendo con reiterada doctrina sentada por el Tribunal Supremo, por ejemplo la sentencia de fecha 23 de abril de 2.000 , el artículo 148 del Cc regula la figura doctrinalmente conocida como deuda alimentaria, que puede definirse como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir. Es evidente que dicha deuda alimenticia precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, art. 143 del Cc , así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo, como se deriva del contenido del art. 148 de la misma norma jurídica. El fundamento de la deuda legal de alimentos es el deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras, y la deuda entre parientes, como por ejemplo entre padres e hijos, está basada en lazos de solidaridad familiar y en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual. Por otro lado, en los arts. 91 , 92 y 154 del Cc se deduce que la separación, divorcio o nulidad no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, entre las cuales se encuentra la de prestarles alimentos. Por otro lado, es en el art. 146 del Cc donde se indica que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Pues bien, en este caso consta que el menor Alfonso tiene, en la actualidad, cuatro años de edad y que el padre, es decir el alimentante, recibe en catorce mensualidades una pensión del INSS por incapacidad permanente total por importe íntegro mensual de 622,71 euros y que, además, presta servicios para la entidad Konecta, por lo que recibió 2.471,42 euros durante los meses de octubre a diciembre de 2015 y, en los meses de enero a febrero de 2016, la cantidad de 1.977,01 euros. También consta que tiene una experiencia laboral considerable ya que ha trabajado para la empresa Manpwer percibiendo 8.089,82 euros durante los meses de enero a octubre de 2015 y también por cuenta de la entidad Asociación de Amigos del Plus Ultra recibiendo unos 300 euros al mes, además de haber prestado servicios de transporte por medio de la aplicación Bla-bla-bla y que los ingresos declarados en su IRPF correspondientes al ejercicio de 2014 fueron de 22.225,90 euros y, en el ejercicio de 2013, los ingresos declarados ascendieron a 15.974,53 euros.

Así las cosas, la Sala comparte los argumentos utilizados por el Juez de Primera Instancia a la hora de cuantificar el importe de la pensión alimenticia que el Sr. Domingo ha de satisfacer a favor de su hijo menor en la cantidad de 275 euros mensuales, por considerarla proporcional a la capacidad económica del padre y a las necesidades de su hijo. Claro que el apelante tiene otros muchos gastos derivados de su propia realidad personal, patrimonial y familiar, pero ello no puede perjudicar los intereses de su hijo a la hora de sufragar gastos que son necesarios para su educación, alimentación, habitación y desarrollo personal y social. Por



lo que se refiere al hecho de que la madre del menor también tiene posibilidades e ingresos económicos, en la actualidad presta servicios por cuenta ajena en la entidad Fasa-Renault, ello ni desmerece ni es causa justificada para rebajar el importe de la cuantía de la pensión alimenticia no solo porque también la madre va a tener que contribuir con sus ingresos y capacidad económica a los gastos que precise su hijo menor, sino también porque, repetimos, consideramos que la cuantía fijada en la resolución recurrida se ajusta a la capacidad económica del padre y a las necesidades del hijo, dándose así cumplimiento al referido precepto legal.

Tampoco coincidimos, hablando jurídicamente, con la petición que formula la parte impugnante en el sentido de que el importe de la cuantía de la pensión alimenticia se incremente hasta los 309 euros. En efecto, la argumentación de que el Sr. Domingo está satisfaciendo una pensión alimenticia a favor de su hija María Esther por importe de 300 euros mensuales, según la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000, no significa que, de forma necesaria, el importe de la pensión por alimentos a favor de su hijo Alfonso que se pretende en este pleito deba coincidir con aquél. Así es, en el juicio seguido ante el Juzgado de DIRECCION000 se debieron tener en cuenta las características económicas y patrimoniales tanto de la madre de la menor como del padre y las necesidades de la niña. Sin embargo, en procedimiento en el que ahora nos encontramos se deben valorar exclusivamente las circunstancias económicas y patrimoniales y las necesidades ahora concurrentes que, perfectamente, han podido variar desde entonces, y no solo las relativas al alimentante sino también al alimentista y a la de sus familiares.

Por todo ello, estos motivos de apelación y de impugnación se desestiman.

QUINTO .- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto y visto que las partes han actuado en cuestiones que afectan a los derechos e intereses de su hijo menor, no se hace condena de las costas causadas en esta alzada, art. 398 de la LEC .

Vistos los preceptos jurídicos citados y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIAMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Domingo y **DESESTIMAMOS** la impugnación formulada por la representación de Remedios, frente a la sentencia dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Palencia el día 5 de mayo de 2016, en el Juicio Nº 345/2015, cuya resolución **REVOCAMOS PARCIALMENTE** en el sólo sentido de que el régimen de visitas entre Domingo y su hijo menor Alfonso, durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, será durante la primera mitad los años pares y la segunda mitad los años impares.

En todo lo demás se ratifica la resolución recurrida.

Sin imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.