



Roj: **SAP CR 1048/2015 - ECLI:ES:APCR:2015:1048**

Id Cendoj: **13034370022015100505**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **2**

Fecha: **22/10/2015**

Nº de Recurso: **116/2015**

Nº de Resolución: **226/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ DE CASTRO PUERTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00226/2015

Rollo de apelación civil 116/15-J.A.

Autos: Modificación de medidas supuesto contencioso 479/13.

Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real.

Ilmos. Sres

PRESIDENTE

Dª CARMEN PILAR CATALÁN MARTÍN DE BERNARDO.

MAGISTRADOS

D. IGNACIO ESCRIBANO COBO.

D. FULGENCIO V. VELÁZQUEZ DE CASTRO PUERTA.

D. JOSÉ MARÍA TAPIA CHINCHÓN.

S E N T E N C I A Nº 226/15

En Ciudad Real a veintidós de octubre de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 479/2013, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CIUDAD REAL, a los que ha correspondido el Rollo de apelación civil 116/2015, en los que aparece como parte apelante, D. Vicente , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. CRISTINA GARCIA SACEDON PARDILLA, asistido por la Letrada Dª. ESCARLATA REBAQUE GOMEZ, y como parte apelada Dª Andrea , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. GABRIELA RODRIGO RUIZ, asistida por el Letrado D. LUIS MIGUEL DEL VALLE CALZADO y el MINISTERIO FISCAL, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FULGENCIO V. VELÁZQUEZ DE CASTRO PUERTA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real por el mismo se dictó Sentencia con fecha 3 de diciembre de 2014 cuya parte dispositiva dice:

" Que debo estimar parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas fijadas en la Sentencia de 6 de Mayo de 2013 dictada en el procedimiento de divorcio mutuo acuerdo nº 227/2013 instada por la



Procuradora de los Tribunales DÑA. CRISTINA GARCÍA SACEDÓN PARDILLA en nombre y representación de D. Vicente frente a DÑA. Andrea representada por la Procuradora de los Tribunales DÑA. GABRIELA RODRIGO RUIZ, acordando como nuevas medidas civiles sustitutivas de las anteriormente fijadas las siguientes:

1.- Se atribuye la guarda y custodia sobre DÑA. Covadonga a su padre D. Vicente, fijándose en concepto de alimentos a satisfacer por la madre a favor de su hija la cantidad de 200 euros mensuales, que deberá abonarse por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe el padre. Esta cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC o índice que lo sustituya.

Asimismo y como consecuencia de lo anterior, se extingue la pensión alimenticia que hasta este momento debía de satisfacer D. Vicente a favor de su hija DÑA. Covadonga.

2.- Se modifica el régimen de visitas de D. Vicente sobre su hijo menor de edad D. Adriano fijándose el siguiente. El padre podrá estar en compañía de su hijo los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20 horas. Asimismo tendrá derecho a dos visitas intersemanales, los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Con respecto a las vacaciones de Navidad, se repartirán en dos períodos, el primero desde el día siguiente de las vacaciones escolares hasta el 31 de Diciembre a las 12 horas, el segundo desde el 31 de Diciembre a las 12 horas, hasta el día anterior al inicio de las clases, a las 12 horas. El día de reyes, el progenitor al que no le corresponda la estancia con el menor, podrá estar con él desde las 13 a las 18 horas. En caso de falta de acuerdo, el padre elegirá los años pares y la madre los impares.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirá en dos períodos iguales, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, a falta de acuerdo.

En cuanto a las vacaciones de verano, el período que va desde el día siguiente a las vacaciones escolares hasta el 30 de Junio, y desde el 1 de Septiembre hasta la vuelta al colegio, los disfrutarán alternativamente ambos progenitores. Los meses de Julio y de Agosto se distribuirán el tiempo por quincenas alternas, teniendo en cuenta qué progenitor ha disfrutado del primer período antes señalado. A falta de acuerdo elegirá el padre en los años pares y la madre en los años impares.

Todo ello sin expresa condena en costas."

Notificada dicha resolución a las partes, por la parte apelante D. Vicente se interpuso recurso de apelación y cumplidos los trámites correspondientes fueron remitidos a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para el acto de la votación y fallo el día **22 de octubre de 2015**.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tiene por objeto el extensísimo recurso de apelación articulado, aunque hubiera sido deseable un mayor rigor técnico-jurídico especificándose en el suplico del mismo de forma clara y precisa las concretas pretensiones ejercitadas y no por remisión al cuerpo del mismo, cuestionar dos pronunciamientos concretos de la resolución recurrida: a) la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, Adriano, de actualmente 8 años de edad, a la demandada, interesando bien que se le atribuya al padre o bien, subsidiariamente, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida; y b) la extinción de la pensión alimenticia que se estipuló por cuenta del apelante y en favor de la hija mayor, de hoy 20 años de edad, así como la simultáneo reconocimiento y fijación de la misma a cargo de la madre, al convivir aquella con el padre en su domicilio familiar y carecer de ingresos económicos.

SEGUNDO.- Todo el desarrollo argumentativo de la impugnación del primer punto de discordia gira en torno a una idea similar a la esgrimida en la instancia. Esto es, que el interés del menor, al encontrarse actualmente sus dos hermanas, ya mayores de edad, viviendo con su padre ha variado resultando más conveniente para el mismo que se atribuya a éste la guarda y custodia del menor en aras a mejorar sus vínculos fraternales, todo ello bajo la cobertura legal (art. 92.5 y 159 del Código Civil) de que al adoptar la decisión se debe procurar no separar a los hermanos. No hay ningún otro argumento ni en el recurso ni en el escrito rector del procedimiento que legitime el cambio pretendido. Por ello, esgrime un error en la apreciación y valoración de la prueba practicada por el juzgador a quo que considera que lo más conveniente para el menor es mantener el régimen vigente, en su día acordado por las partes y aprobado judicialmente, fundado su decisión en dos pilares fundamentales la exploración del menor y el resultado de la pericial psicológica, tal y como es de ver en el segundo de los fundamentos de la sentencia impugnada, al tiempo que rechaza la guarda y custodia compartida del menor siguiendo los criterios del referido dictamen pericial.



Planteado así el recurso conviene precisar el principio general que justifica la atribución de la guarda y custodia es el beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil , criterio idéntico al consignado en el art. 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990 de 15 de octubre , sobre reforma de dicho Código, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, sin que la decisión que se ha de tomar ante el desacuerdo de los padres implique que el no favorecido por aquella carezca de aptitud o idoneidad para asumir la guarda y custodia, ni tampoco si fuera procedente el cambio de custodia, siendo de significar que el beneficio del hijo ha de encontrar su mejor concreción posible en cada caso según las circunstancias. El interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum fili ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92 , 93 , 94 , 103.1 , 154 , 158 y 170 del Código Civil) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial. Y cuando desaparece el ámbito en que normalmente debe cumplirse la guarda y custodia de los menores, debido a la interrupción de la convivencia por parte de los progenitores, aquel principio adquiere una gran importancia ya que esta interrupción no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos, en cuyo beneficio deben adoptarse las medidas tendentes a su cuidado y educación. Y todo ello, partiendo de la base de igualdad en que se encuentran, a priori, ambos progenitores (en lógica aplicación del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución , deberá atribuirse dicha guarda atendiendo a cuál de ambos progenitores podrá asegurar de forma más favorable el cuidado, atención y equilibrio que el menor necesita; sin olvidar, por otra parte, que debe procurarse no separar a los hermanos tal y como dispone el art. 92 del CC .

Sobre ese inequívoco beneficio de los hijos los ahora litigantes apenas tres meses antes de iniciarse el presente procedimiento acordaron y convinieron la atribución de la guarda y custodia del mismo, junto con sus hermanas, a la madre a la par que fijaban un régimen de visitas. Ha sido posteriormente debido a la decisión de las dos hijas mayores, Carmela y Covadonga , aprobada por su madre, ya próximas a alcanzar la mayoría de edad (actualmente ya lo son), de querer vivir con su padre, la que ha justificado la pretensión ahora ejercitada. No puede, por ello, admitirse, sin más, que la sola voluntad de aquellas se erija en determinante del régimen de guarda de Adriano , por mucho que se deba atender a no separar a los hermanos, si bien no es un imperativo legal, lo que posibilita que el interés y beneficio del menor, a pesar de esa circunstancia sobrevenida, puede ser otro y esté justificado el mantenimiento de la guarda y custodia en la madre máxime cuando por la diferencia de edad entre unos y otros, cada uno de ellos realiza actividades escolares, extraescolares y de ocio diferenciadas, además que es habitual que los hermanos puedan vivir separados por razones de índole personal, familiar o educativas sin que ello suponga que no puedan mantener una relación plena, garantizada con un régimen de visitas adecuado.

En efecto, no solo el interés del menor (SSTS 17 junio 17 octubre 2013) 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 sino que como viene sosteniendo el Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 25 de septiembre de 2.015) los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos.

Es en ese escenario de preferencia del interés del menor aunado con el propósito de procurar no separar a los hermanos, si bien con la salvedad antes expuesta, en el que se debe abordar la modificación solicitada teniendo en cuenta que las únicas pruebas practicadas, en realidad, al respecto han sido la exploración del menor y la pericial psicológica realizada.

Pruebas que han sido analizadas por el juzgador de instancia en el fundamento de derecho segundo de la resolución para concluir que desde la óptica del beneficio del menor lo más aconsejable es mantener la situación existente y cuya valoración es cuestionada por la parte apelante acudiendo a alegaciones subjetivas y parciales como la falta de objetividad e imparcialidad del informe pericial o acudiendo a parámetros como que carece de fundamentación teórico-científica o que es desigual en el trato a los progenitores sin tener en cuenta necesaria cohesión de los hermanos o la posibilidad de guarda y custodia compartida en base a parámetros como la alta conflictividad interparental y materno-filial o las graves discrepancias educativas entre ambos progenitores, mas sin cuestionar el resultado de la exploración del menor.



Pues bien, una nueva revisión de lo actuado, lleva a este Tribunal a idénticas conclusiones que las que contiene la resolución recurrida, que en absoluto pueden tacharse de absurdas, ilógicas o arbitraria, por lo que debe primar sobre la interesada de parte. Es cierto que en esta segunda instancia este Tribunal puede entrar a revisar las pruebas practicadas y las conclusiones alcanzadas pero ello está supeditado a que en el proceso valorativo se aprecie un error en la instancia, una defectuosa aplicación de las reglas sobre su carga que sanciona el art. 217 de la LEC o una equivocada conclusión jurídica. Ninguna de esas premisas concurren en el caso enjuiciado. Es verdad que la juez debe valorar la prueba pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que dispone el artículo 348 de la LEC y que solo cabe impugnarla cuando no se adecue a las mismas pero sin que sea aceptable la sustitución de la estimación por la que realiza la parte recurrente (STS de 10 de Diciembre de 2.012) cuando nada la ampara. Y, ello es lo que aquí sucede. Al hecho de que se trata de una pericial judicial elaborada por perito insaculado, ajeno y equidistante a ambas partes, a cuya designación nada objetaron pese a que el apelante era conocedor de que hace años había tratado a su esposa lo que hace injustificable la objeción insinuada ahora tachándolo de parcial se le debe añadir no hay dato alguno que evidencie una aproximación a ninguna de las partes que cuestione sus conclusiones. Tampoco la falta de fundamentación teórica-científica invocada o mejor dicho la ausencia de su reflejo en el dictamen le priva de razón de ciencia cuando es incuestionable su titulación y capacitación para elaborar el dictamen, siendo por lo demás la precisa para ello, y en el desarrollo del mismo se exponen tanto la metodología empleada como las pruebas técnicas verificadas y se argumentan suficientemente sus conclusiones, por lo demás lógicas y fundadas, sin que, por ello, estén huérfanas de cualquier posibilidad de estudio o contraste pudiendo rebatirse adecuadamente. Recapitulando no existe causa o razón alguna para cuestionar los resultados de la prueba pericial salvo la mera discrepancia de sus conclusiones, por lo demás avaladas, en la razón de ciencia y metodología del informe, el detalle y exhaustividad del mismo en función de lo que constituye el objeto de la pericia y los demás medios probatorios obrantes en autos.

Llegados a este punto y ante el resultado de dicha prueba unido a la exploración del menor nos encontramos con que nada avala el cambio de guarda y custodia.

Por ello, el recurso en ese extremo ha de fracasar.

TERCERO.- El beneficio del menor justifica no solo el mantenimiento de la situación actual custodia como así lo refleja el informe pericial quién no solo señala que el menor no tiene disfuncionalidad ni problemas adaptativos a su nueva situación sino que tampoco resulta oportuna la guarda y custodia compartida.

Sabido es que en éste ámbito existe un amplio cuerpo de doctrina jurisprudencial, por todas la sentencia de 16 de febrero de 2015, recurso 2827/2013 , que establece que la concesión o denegación de la guarda y custodia debe solo responder al interés del menor en función de criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, para seguidamente añadir que no es una medida excepcional sino que, por el contrario, debe ser lo normal y deseable, pues entiende que con este régimen de guarda se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la identidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se había venido desarrollando con eficiencia. La de 16.2.2015, recurso 890/2014, insiste en esos criterios e indica, con remisión a la de 2.7.2014, que este régimen no excepcional pretende aproximarse al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. En todo caso es evidente que, fuera de una aplicación mecánica, ello exige la existencia de motivación que venga a valorar el principio de protección del interés del menor y la conveniencia de este sistema de guarda.

Pues bien, en el caso enjuiciado no se cumplen los criterios para adoptarla no porque primariamente fuese descartada por las partes y ahora solicitada de forma subsidiaria por el padre dado que ello no constituye ningún óbice procesal que impida su adopción al tratarse de una medida relativa a los menores cuyo ámbito posibilita un amplio poder de decisión (art. 751 y 752 de la LEC y 92.9 del Código Civil) sin más exigencia que la audiencia de las partes y del ministerio fiscal para su adopción a lo que se ha de añadir que solicitada por ambos progenitores la guarda y custodia en ese pedimento se encuentra comprendida también la guarda compartida, pues quién pide lo más, exclusividad, pide lo menos, compartirla, sino porque pese a la aparente disposición favorable del menor, como es de ver en función del resultado de su exploración, y la gran aptitud de los padres para ostentar la custodia existen divergencias graves, grandes e insuperables en materia educativa entre ambos sino por la más que manifiesta implicación de los hermanos en el conflicto con grave deterioro de la figura materna y la tendencia a predisposición negativamente a los hijos frente a la misma y contra el otro



progenitor. Por ello, la tensa situación que concurre no es la ordinaria y propia de un grado de crisis conyugal sino una muy notable divergencia reflejada en los interrogatorios de las partes y, en especial, en el testimonio de los hijos que hace que no sea asimilable la situación a la que propició en casos como el contenido en la STS de 16 de octubre de 2.014 que se acordase la guarda y custodia compartida.

CUARTO.- No obstante lo expuesto, en lo que sí discrepa esta Sala es en el régimen de visitas que establece la sentencia impugnada, más restrictivo y distinto del que se acordó inicialmente en la sentencia que aprobó el convenio regulador suscrito por las partes. Es verdad que el cambio se encuentra avalado exclusivamente por el dictamen pericial dirigido a determinar la cuestión controvertida a quién debe otorgarse la guarda y custodia o si procede compartir la misma, aunque aquel se pronuncie de forma colateral sobre el mismo. No existe razón jurídica ni fáctica alguna que avale la modificación del mismo cuando como se refleja en el dictamen pericial no solo el régimen de guarda y custodia no ha generado ninguna disfunción en el menor sino que tampoco el régimen de comunicaciones las ha provocado. Por ello, siendo, por lo demás, el convenio más amplio y acorde a los deseos de los progenitores, no existiendo otra razón que ampare su modificación, y estando dirigido a facilitar el máximo contacto posible del progenitor no custodio y de sus hermanas con el menor, atendiendo y compatibilizando el mismo con los horarios laborales de la madre, resulta razonable por ello estimar en ese extremo el recurso y acordar como tal el establecido en el convenio, excepción hecha de los periodos de vacaciones escolares de verano dónde no se estipulaba un régimen diferenciado del que corresponde al resto del año a pesar de las notables divergencias que ello comporta, razón por la cual se mantiene en ese extremo puntual el que indica la sentencia.

QUINTO.- Resta por analizar la otra cuestión controvertida en autos, a saber, la extinción de la pensión alimenticia que se estipuló por cuenta del apelante y en favor de la hija mayor, de hoy 20 años de edad, así como el simultáneo reconocimiento y fijación de la misma a cargo de la madre, al convivir aquella con el padre en su domicilio familiar y carecer de ingresos económicos.

Sobre ese extremo, planteado en la demanda (hecho cuarto), si bien no recogido en el suplico de la misma, de nuevo elaborado por remisión a lo contenido en dicho escrito y al que son extrapolables las consideraciones antes expuestas, nada dice la sentencia impugnada. Es más ni tan siquiera al solicitársele aclaración o subsanación se pronuncia al respecto sino que se limita a rechazarla mediante auto de 17 de diciembre de 2.014. Nos encontramos, por tanto, ante una pretensión deducida en la demanda, aunque no con claridad y precisión deseables, pero que sin duda se ejercitó en autos y que no ha sido resuelta por la sentencia que en ese punto, sin duda, incurre en incongruencia omisiva.

En ese contexto procesal y acreditada la existencia del referido defecto y no tratándose de uno de los casos excepcionales en los que la doctrina constitucional ha admitido no concurre la llamada incongruencia omisiva, esto es, de un supuesto en que existe una desestimación tácita de la pretensión que puede deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, por cuanto ello no es posible, el debate se circunscribe a determinar cuál es la consecuencia de ello, necesariamente la nulidad de la sentencia, lo que ni siquiera pretenden e interesan las partes, o si es posible ante tal defecto considerar que nos encontramos ante una infracción procesal a las que se refiere el artículo 465.2 de la L. E. Civil y cabe revocar la sentencia y resolver ahora todas las cuestiones.

A éste respecto es preciso tener en cuenta que es consolidada doctrina del Tribunal Constitucional iniciada con su sentencia STC 20/1982, de 5 de mayo y seguida, entre otras, por las SSTC 309/2000, de 18 de diciembre, 31/2001, de 12 de febrero, y 82/2001, de 26 de mayo, que no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; por cuanto el propio Tribunal ha dicho que para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada en todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, siempre y cuando la pretensión omitida fuera llevada al juicio en el momento procesal oportuno; si bien, en la STC 1/2001, F. 4, se indica que « la estimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial requiere, en todo caso, la verificación de que la incongruencia omisiva causó una indefensión real y efectiva, reflejada en un perjuicio concreto al derecho a la defensa en juicio del afectado (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, F. 4; 91/1995, de 19 de junio, F. 4; 56/1996, de 4 de abril, F. 4; 172/1997, de 14 de octubre, F. 6, y 193/1999, de 25 de octubre, F. 4)».

Sobre esas bases, en el presente supuesto, no cabe duda que aunque del conjunto de los razonamientos no cabe inferir que existe una desestimación tácita de las pretensiones, tampoco se puede señalar que la referida omisión le ha generado a las partes una indefensión real y efectiva, en tanto en cuanto si bien se ha quebrantado el artículo 120.3 de la Constitución que ordena que las sentencias serán motivadas y también se ha vulnerado



el artículo 24 de la misma, que impone a los Jueces y Tribunales la obligación de dictar, tras el correspondiente debate, una resolución fundada en derecho y ello no se cumple con la mera decisión del órgano, carente de motivación y resolución de todos los puntos litigiosos, lo cierto es que al no haberse agotado las instancias y ser posible aún conocer y resolver el tema litigioso, actuando esta Sala, como un órgano de instancia, no se ha materializado la indefensión requerida, pues de lo único que se priva a las partes es de un derecho a la segunda instancia, derecho que no puede incardinarse como fundamental ni subsumido dentro del referido artículo 24 (en igual sentido actuó el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 1.996).

En definitiva, no existe, al no haber indefensión real y efectiva, contradicción alguna entre la doctrina constitucional y el contenido del artículo 465.2 de la L. E. Civil que señala que "si la infracción procesal se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones debatidas que fueran objeto del proceso" por lo que en el presente caso la solución pasa por revocar la sentencia y resolver sobre dicha cuestión.

Entrando en el examen de la misma el recurso necesariamente ha de ser estimado en ese extremo.

Indiscutido resulta que la hija, Carmela , hoy ya mayor de edad, vive con su padre, en el domicilio de éste y carece de independencia económica. Por ello no solo procede extinguir la pensión alimenticia en su día fijada por cuenta de éste sino que ha de fijarse una a cargo de la madre al concurrir los presupuestos que el artículo 93.2 del Código Civil establece para el reconocimiento de la misma a favor de los hijos mayores, que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios.

El debate se encuentra en la determinación cuantitativa de su importe, lo que está en función del binomio caudal-necesidad.

A este respecto consta en autos que el padre abonaba 200 euros por cada hijo, razón por la cual debemos presumir que sus necesidades a falta de prueba son las ordinarias de una persona de esa edad que cursa estudios universitarios en su lugar de residencia y convive con su padre en el domicilio de éste, lo que se desconoce con exactitud es el caudal de la madre. Pero teniendo en cuenta no solo su condición de trabajadora fija de Mercadona sino que no fue tributaria de pensión compensatoria al no haber desequilibrio económico es dueña privativa de la que fuera vivienda conyugal en la que reside, así como que tiene diversas propiedades en condominio con sus hermanos, no puede considerarse que la cantidad solicitada (200 euros), por lo demás acorde a la que satisfacía el padre y a la que abona por su otra hija deba estimarse desproporcionada en atención a su caudal.

En ese extremo se estima el recurso.

SEXTO.- Por aplicación del art. 398.2 de la LEC no se efectúa especial pronunciamiento en costas al estimarse parcialmente el recurso de apelación articulado.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación

FALLAMOS

Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Vicente contra la sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2.014 por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Ciudad Real que se revoca parcialmente, únicamente en el sentido de establecer los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Se establece como régimen de visitas a favor de Vicente sobre su hijo menor Adriano el contenido en el convenio regulador suscrito entre las partes y aprobado por sentencia judicial de 6 de mayo de 2.013 con la única salvedad de las vacaciones escolares de verano que se mantienen en los términos de la sentencia impugnada.
- 2.- Se extingue la pensión alimenticia estipulada por cuenta de Don Vicente y en favor de la hija mayor, Carmela , y se reconoce a la misma el derecho a obtener pensión alimenticia de su madre Andrea por un importe mensual de 200 euros mensuales, actualizable anualmente conforme al IPC fijado por el INE.
- 3.- No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

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

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