



Roj: **SAP L 606/2017 - ECLI:ES:APL:2017:606**

Id Cendoj: **25120370022017100298**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **790/2016**

Nº de Resolución: **258/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA CRISTINA SAINZ PEREDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE LLEIDA

Sección Segunda

Rollo nº. 790/2016

Guarda y custodia contencioso núm. 1120/2015

Juzgado Primera Instancia 7 Lleida

SENTENCIA nº 258/2017

Ilmos./as. Sres./as.

PRESIDENTE

D. ALBERT GUILANYA I FOIX

MAGISTRADOS

D. ALBERT MONTELL GARCIA

D^a. ANA CRISTINA SAINZ PEREDA

En Lleida, a catorce de junio de dos mil diecisiete

La sección segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por los señores anotados al margen, ha visto en grado de apelación, las actuaciones de Guarda y custodia contencioso número 1120/2015, del Juzgado Primera Instancia 7 Lleida, rollo de Sala número 790/2016, en virtud del recurso interpuesto contra la Sentencia de fecha 4 de abril de 2016. Es apelante Caridad, representada por la procuradora BELEN FONT GONZALO y defendida por el letrado SEBASTIA JOVE ROMERO. Es apelado y impugnante Laureano, representado por la procuradora ARES JENE ZALDUMBIDE y defendido por la letrada BLANCA ARGUDO GRAU. El Ministerio Fiscal impugna el recurs de apelación.

Es ponente de esta sentencia la Magistrada Doña ANA CRISTINA SAINZ PEREDA.

VISTOS,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La transcripción literal de la parte dispositiva de la Sentencia dictada en fecha 4 de abril de 2016, es la siguiente:

" F A L L O



QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA DE MEDIDAS PERSONALES Y PATRIMONIALES PARA HIJOS MENORES DE EDAD interpuesta por Caridad , representada por JORDI DAURA RAMON contra Laureano , debo adoptar las siguientes medidas respecto al hijo menor de edad Saturnino :

.- Saturnino queda bajo la patria potestad de los dos progenitores, si bien bajo la guarda y custodia de su madre

Cada uno de los progenitores se responsabilizara por si mismo principalmente o a través de otras personas si fuera necesario de atender al menor cuando lo tengan consigo.

.- VISITAS: las establecidas por el Juzgado de Saint Denis

Las decisiones de relevancia referentes al menor deberan consensuarse por ambos progenitores y en su defecto acudir a la autoridad judicial para dirimir el conflicto.

La educación del menor se decidira de comun acuerdo entre los progenitores.

Cada uno de los progenitores deberá comunicar al otro cualquier cuestión referida a la salud y educación del menor

Cada uno de los progenitores deberá facilitar la comunicación del menor con el otro progenitor por teléfono, internet u otro medio respetando los horarios de descanso del menor.

.- PENSION: Se fija en 350 euros mensuales la cantidad que el padre deberá abonar en concepto de alimentos para su hijo Saturnino , cantidad que deberá ser abonada en la cuenta bancaria que designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes y por mensualidades anticipadas , y que se actualizará anualmente conforme al IPC autonómico u otro índice que le sustituya.

Los alimentos se satisfarán desde la fecha de presentación de la demanda.

- Los gastos extraordinarios en sentido estricto se abonaran por mitad y previo acuerdo de los padres, salvo los urgentes y necesarios [...]"

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia, Caridad interpuso un recurso de apelación que el Juzgado admitió y, seguidos los trámites pertinentes, remitió las actuaciones a esta Audiencia, Sección Segunda.

TERCERO. La Sala decidió formar rollo y designar magistrado/a ponente a quien se entregaron las actuaciones para que, una vez deliberada, propusiera a la Sala la resolución oportuna. Se señaló día para la votación y decisión.

CUARTO. En la tramitación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales esenciales del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de primera instancia establece las medidas personales y patrimoniales procedentes respecto del menor Saturnino , hijo de los litigantes , excepto en lo que se refiere al régimen de visitas paternofamiliar, acordando en este punto que procede ejecutar lo resuelto por el Juzgado de Saint Denis (isla Reunión, Francia) en resolución de 19 de febrero de 2016, por ser el competente para resolver al respecto dado que ambas partes tenían su residencia habitual en Saint Denis, y se trata de un caso de traslado ilícito del menor, aunque no se haya presentado denuncia al respecto, indicando no obstante que ambas partes aceptan la competencia de los tribunales españoles para todas las demás medidas que no han sido adoptadas por ningún otro tribunal.

Ambas partes interponen recurso de apelación. La Sra. Caridad alegando error en la aplicación de las normas jurídicas, siendo aplicable el Reglamento de Bruselas II, sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental, en concreto el art. 8 , de modo que habiendo interpuesto esta parte la demanda antes de que el padre presentara su solicitud en Saint Denis, los tribunales españoles son los competentes para conocer del procedimiento y de todos sus efectos, resultando contradictorio que el juzgador de instancia no haya decidido sobre las totalidad de los efectos derivados de este procedimiento de guarda y custodia. Añade que no estamos ante una sustracción ilícita del menor, que los progenitores nunca han residido juntos y ha sido la madre quien se ha encargado siempre del menor, limitándose el padre a visitarlo esporádicamente, habiéndose trasladado a España ante el comportamiento y desvinculación del padre, comunicándosele previamente a éste, sin que alegara problema alguno. En esta situación, considera que el régimen de visitas establecido, en caso de que tuviera que aplicarse, resulta totalmente perjudicial para el niño, que está perfectamente adaptado al entorno materno en España, y que no conoce la padre dado que éste no le ha visitado desde hace un año, por lo que solicita que se revoque lo acordado en la sentencia de primera instancia y se establezca un régimen de visitas con el padre que no implique el traslado del menor a la isla Reunión hasta que no tenga una edad más



acorde con dicha posibilidad, de modo que sea el padre el que se traslade a España en aquellos periodos en que le corresponda tener al niño, fijando que cuando tenga una edad suficiente sea éste el que pueda viajar.

El Ministerio Fiscal también interpone recurso de apelación solicitando que se declare la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento íntegro del asunto, por aplicación del art. 3.1a) f del Reglamento Bruselas II bis, en virtud del cual los criterios de competencia son alternativos siendo que en este caso la madre es de **nacionalidad** española y el padre francés, teniendo ambos progenitores residencia habitual en la isla Reunión, pero pusieron fin a su relación antes del nacimiento del niño, el menor nació en España y la madre volvió a la isla Reunión pero al no recibir el apoyo del padre y no pudiendo atender ella sola al menor, regresó a España para contar con la ayuda de su familia, interponiendo demanda que dio lugar al auto de medidas coetáneas de fecha 30 de julio de 2015, mientras que la demanda del Sr. Laureano en Saint Denis es de fecha posterior, por lo que conforme al art. 19 del Reglamento Bruselas II, en relación con el art. 3, habiendo presentado una demanda ante un órgano jurisdiccional que se ha declarado competente, los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros dejan de ser competentes y deben desestimar toda demanda subsiguiente, para evitar acciones paralelas y posibles resoluciones inconciliables. Por tanto, lo procedente es que se diriman todas las cuestiones paternofiliales del menor Saturnino, atendiendo al interés del menor como principio jurídico preferente, y así, en cuanto al régimen de visitas, teniendo en cuenta la corta edad del menor y la enorme distancia entre el domicilio del menor y la madre, respecto el del padre, considera conveniente que el menor pueda tener contacto telefónico y/o telemático con el padre, en función de las circunstancias, los fines de semana alternos así como dos tardes intersemanales, y en vacaciones, hasta que el niño tenga doce años que el padre venga a España un mes en verano, y al año siguiente sea la madre quien lo lleve a la isla Reunión, y a partir de los doce años la estancia con el padre sea de dos meses.

La representación del Sr. Laureano se opone a ambos recursos defendiendo la ejecutoriedad de la resolución dictada por el juzgado de Saint Denis conforme a los arts. 40 y 41 del Reglamento de Bruselas II bis en lo que se refiere al régimen de visitas. Al mismo tiempo, impugna el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia referido a la pensión alimenticia fijada en 350 euros al mes, alegando el apelante que resulta excesiva teniendo en cuenta las necesidades del menor y los recursos de los progenitores, debiendo mantenerse el importe de 150 euros mensuales establecido en el auto de medidas provisionales.

SEGUNDO. Para la debida resolución del recurso debemos partir de los siguientes datos:

1- El menor Saturnino nació en España el día NUM000 -2015, regresando con su madre a los pocos días a la isla Reunión (Francia), donde ésta tenía hasta entonces su residencia habitual desde hacía varios años, al igual que el padre del menor, el Sr. Laureano, de **nacionalidad** francesa. Los progenitores mantuvieron una relación sentimental, si bien, nunca han residido juntos.

2- A finales del mes de junio de 2015 (sobre el día 20) la Sra. Caridad, junto con el niño, regresó a España, instalándose definitivamente en la localidad de DIRECCION000 (Lleida), con su familia materna.

3 -En fecha 30 de junio de 2015 la Sra. Caridad presentó demanda de medidas personales y patrimoniales ante el Juzgado de primera instancia de esta ciudad, solicitando medidas coetáneas, que dieron lugar al Auto de Medidas de fecha 30 de julio de 2015 en el que se acordó que el menor quedaba bajo la potestad de ambos progenitores, si bien bajo custodia de la madre, estableciendo un régimen de visitas paternofamiliar de fines de semana alternos de viernes a las 17 h. hasta domingo a las 20 h., y vacaciones por mitad, corriendo con los gastos de traslado del menor también por mitad.

4 -Según consta en la resolución de fecha 19 de febrero de 2016 dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Saint Denis "por acta de ujier del 03 de julio de 2015, el Sr. Laureano designó a la Sra. Caridad ante el juez de familia para obtener: la sujeción de la residencia del menor a su domicilio, y la prohibición de salida del niño del territorio francés sin la autorización de ambos padres. Por acta de ujier del 04 de agosto de 2015 el Laureano designó al a Sra. Caridad ante el juez de familia para obtener: la vuelta del niño en el territorio francés.

Primero el asunto fue llamado a audiencia el 10/07/2015, y luego a las audiencias de 24/08/2015, 10/11/2015 y 12/02/2016".

La misma resolución añade que en la audiencia del 12-02-2016 el padre expone que sigue sin ver a su hijo y solicita de aquí en adelante un derecho de visita y alojamiento para los meses de julio y agosto, que se compromete a ir a buscar a su hijo a España, y que los billetes de avión sean a cargo de la madre.

La referida resolución considera que la residencia del niño estaba en Saint Denis y que la madre se fue súbitamente a España en fraude de los derechos del padre, por lo que el Juzgado se considera competente y entiende que procede estimar las últimas solicitudes del Sr. Laureano, acordando que conserva la competencia y "Dice: que el padre ejercerá libremente su derecho de visitas y alojamiento y, a falta de acuerdo: La integridad de los meses de julio y agosto de cada año, a cargo del padre de ir a buscar al niño a España y



de regresarlo después de su derecho de visita y alojamiento. Recuerda que el conjunto de estas medidas es ejecutiva de derecho con carácter provisional. Rechaza las partes de sus solicitudes más amplias o contrarias; condena al demandante a expensas".

5-. El padre no ha visto al menor desde que tenía seis meses, es decir, desde que vino a España con la madre a finales del mes de junio de 2015. Así lo ha venido reiterando la madre tanto en sus diferentes escritos como en la vista, y también en el recurso de apelación, sin que tal afirmación haya sido contradicha por el padre. Antes al contrario, en fechas recientes la madre presentó en el rollo de apelación un escrito informando a la Sala de la situación actual, indicando que desde que presentó la demanda de guarda y custodia el padre no ha venido nunca a visitar al niño, incumpliendo el régimen de visitas establecido en el auto de medidas provisionales, de modo que el niño no conoce a su padre. Añade que el padre tampoco ha realizado ninguna aportación económica y que esta parte está tramitando un procedimiento de ejecución. Por último también indica que el pasado invierno 2016-17 el padre se desplazó a los Pirineos para pasar las vacaciones de esquí, sin visitar a su hijo ni preguntar por él, no mostrando ningún interés y negando su colaboración cuando la madre le ha pedido autorización para poder solicitar el pasaporte del menor.

Del referido escrito se dio traslado para alegaciones al Ministerio Fiscal y a la representación del Sr. Laureano, no habiendo efectuado manifestación alguna en el término conferido al efecto.

TERCERO. Partiendo de los referidos datos relevantes es preciso recordar que cuando se trata de adoptar o modificar medidas respecto de los hijos menores de edad lo preponderante ha de ser en todo caso el interés de los hijos, debiendo necesariamente partir del principio del "favor filii" y superior interés y beneficio del menor, que ha de presidir todas las decisiones que le afecten (art. 233-8 del Código Civil de Cataluña, CCCat). En concreto, por lo que se refiere a la finalidad del derecho de visitas, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 recoge lo que ya decía la sentencia del Tribunal Constitucional nº 176/2008, de 22 diciembre, en el sentido que: "... Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 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». Se trata, en realidad, 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". Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos 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: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («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»); así también el art. 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»); igualmente cabe citar el art. 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»).

De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el art. 94 CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo "(...) podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (...)". La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial en el art. 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece que "1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija". Asimismo, el art. 233-8.3 del Código civil de Cataluña, que establece que "la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor".



En definitiva, lo procedente es adoptar en cada caso, incluso de oficio, las medidas más beneficiosas y las que resulten necesarias para proteger el interés del menor (arts. 233-8.3 y 236-3 del Código Civil de Cataluña, (CCCat .), ponderando las circunstancias concurrentes y todos los datos de que se dispone, y en este sentido también es preciso tener en cuenta que el art. 233-13 del CCCat . establece que la autoridad judicial puede acordar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del progenitor que no ejerce la guarda se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional. En similares términos el art. 236-3.1 CCCat . dispone que la autoridad judicial puede adoptar, en cualquier procedimiento, las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad, y a estos efectos, puede limitar las facultades de los progenitores, estableciendo en el apartado siguiente que dichas medidas se pueden adoptar de oficio. A su vez, el art. 236-5.1 CCCat . dispone que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa.

Desde el punto de vista procesal, el art. 776-3 de la LEC , en sede de ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas, establece que en caso de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá originar la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visita. Y el art. 752-1 de la LEC dispone que los procesos como el que ahora nos ocupa se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, siendo aplicable el mismo criterio en segunda instancia (art. 752-3 de la LEC), desprendiéndose de los arts. 751 y 752 de la LEC que en el ámbito del derecho de familia los principios dispositivo y de rogación (arts. 216 y 218-1 de la LEC) quedan un tanto relativizados y atenuados, porque los menores de edad representan el interés más necesitado de protección y todas las cuestiones que les afecten se subordinan a este principio primordial, pudiendo adoptar el Tribunal cuantas decisiones puedan resultar más beneficiosas para el menor, sin que por ello se incurra en incongruencia, porque se trata de puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir o decidir de oficio, sin tener que atender forzosamente a las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional civil, distinta al Derecho de Familia. Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2016, de 1 de febrero , cuando la resolución judicial controvertida afecta a un menor hay que atender al principio del interés superior del menor, que con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1), que es el principio que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales.

CUARTO. Lo anterior se expone porque los datos relevantes expuestos en el Fundamento de Derecho Segundo evidencian que estamos ante un niño de corta edad (actualmente casi dos años y medio) que no ha visto a su padre desde que tenía seis meses, por lo que bien puede concluirse que no lo conoce, desprendiéndose igualmente de los datos antes expuestos que el padre ha incumplido reiteradamente el régimen de visitas, recordando en este punto el amplio régimen que ya venía establecido en el auto de medidas de 30-7-2015, y después en la resolución dictada el 19-2-2016 por el Juzgado de Saint Denis, sin que en el verano de 2015 ni en el de 2016 se cumpliera el mismo, no habiendo efectuado el padre ninguna alegación en aras a explicar o justificar tal proceder.

En esta situación, siendo que la controversia entre las partes se centra básicamente en el derecho de visitas paternofilial (y la pensión alimenticia que más adelante se analizará) la aplicación de los preceptos dichos y la primacía del superior interés y beneficio del menor necesariamente han de conducir a adoptar una decisión distinta a la de la sentencia de primera instancia. No obstante, hay que dejar debida constancia de que no se está cuestionando la competencia de los Tribunales de Saint Denis ni la ejecutoriedad de la resolución de fecha 19-2-2016.

Las partes y el Ministerio Fiscal plantean en sus respectivos recursos la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis). El art. 24 de este Reglamento prohíbe el control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen y el art. 26 dispone que las resoluciones no podrán ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

No obstante, cabe decir al respecto que resulta estéril cualquier discusión que quiera plantearse sobre la competencia y sobre si estamos o no ante un supuesto de sustracción ilícita de menores pues lo cierto es que no sólo no existe ninguna resolución adoptando las correspondientes medidas al respecto sino que la



propia resolución de 19-2- 2016 ya indica que en la última audiencia el padre únicamente se centró en el derecho de visitas y alojamiento (previamente se indica en la misma resolución que la representación de la Sra. Caridad puso de manifiesto, en la audiencia de 10-11-2015, que el juez español en resolución de 30-7-2015 había fijado la residencia del niño en casa de la madre, concediendo un derecho de visitas y alojamiento al padre e imponiéndole una contribución alimenticia), de forma que la resolución de Saint Denis aunque decide conservar su competencia, únicamente se pronuncia sobre el derecho de visitas, al tiempo que rechaza las solicitudes más amplias o contrarias de las partes, de modo que cualquier otra cuestión referida a la sustracción, la sujeción de la residencia del menor a su domicilio o la vuelta a territorio francés quedan vacías de contenido, máxime teniendo en cuenta que el padre se personó en el presente procedimiento sin cuestionar en modo alguno la competencia de los Tribunales españoles, matizando en el acto de la vista que no se opone a la guarda y custodia interesada por la madre (acordada ya en el auto de medidas provisionales de 30-7-2015) pero sí al importe de la pensión de alimentos, solicitando la ejecutividad de la resolución del juzgado de Saint Denis en lo que se refiere al derecho de visitas.

Según disponen los arts. 21 y siguientes del Reglamento 2201/2003 las resoluciones dictadas por un tribunal de un país miembro de la UE serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, pero ello no obsta (art. 21-3) para que cualquiera de las partes interesadas pueda, de conformidad con los procedimientos previstos en los arts. 28 a 36 (sobre solicitud de declaración de ejecutoriedad), solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución. Ahora bien, en el caso del derecho de visita concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, el art. 41 del Reglamento establece que será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva, y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con lo establecido en el propio precepto.

En el presente caso el Sr. Laureano presentó la resolución del Juzgado de Saint Denis tantas veces mencionada, de 19-2-2016, junto con el certificado (Anexo III) relativo a las resoluciones en materia de derecho de visita a que se refiere el art. 41-1 del Reglamento. Ahora bien, en primer lugar, no puede obviarse que la misma resolución de 19-2-2016 se encarga de precisar (y de recordar en su parte dispositiva) que se trata de una medida "ejecutiva de derecho con carácter provisional", lo que nos sitúa en el ámbito de las medidas provisionales (a las que también se refiere el art. 20 del Reglamento) que, como su propio nombre indica, únicamente mantienen su vigencia hasta que se dicten las medidas definitivas, una vez que se entra a conocer sobre el fondo del asunto en la resolución que decide sobre las pretensiones planteadas en la demanda y contestación.

En segundo lugar, aunque no se tratara de una resolución que acuerda una medida provisional en materia de derecho de visitas, los preceptos inicialmente citados (arts. 751 , 752 y 776-3 de la LEC , arts. 233-8, 233-13, 236-3-1, 236-5.1) y el principio general de protección del interés prioritario del menor necesariamente han de conducir a adoptar una medida definitiva distinta en lo que se refiere al derecho de visitas paterno-filial toda vez que el devenir de los acontecimientos y las circunstancias fácticas concurrentes evidencian que la madre es desde su nacimiento la única cuidadora y el único referente emocional del menor, que no ha visto a su padre desde los seis meses de edad y que el Sr. Laureano ha incumplido reiteradamente el régimen de visitas establecido en aquella resolución (y mantenido en la que ahora es objeto de este recurso de apelación), por lo que dicho régimen, que comporta la integridad de los meses de julio y agosto de cada año en compañía del padre, pudiendo trasladarlo a la isla Reunión, no sólo no se presenta como el más beneficioso para la estabilidad emocional del menor sino que su cumplimiento puede situarle en una situación de riesgo ante la perspectiva de encontrarse repentinamente apartado del único entorno que conoce y en compañía de quien para él es un extraño, fuera del ámbito familiar en el que está plenamente integrado, y trasladado a 8.000 kms. de distancia, con el consiguiente impacto emocional para el niño.

Por tanto, es preciso evitar que esa situación se produzca y adoptar las medidas necesarias para que las relaciones personales con el padre se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional, recordando en este punto lo que indica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de marzo de 2015 (nº14/2015), reiterando lo que ya señalaba en sus sentencias de 31-3-2011 y 16-4-2012, en el sentido que *"...en cualquier clase de procedimiento en que se ventilen intereses de menores, a semejanza de lo dispuesto en la legislación estatal (art. 158 del Código Civil), el derecho catalán también otorga a los jueces y tribunales competentes una amplia facultad - que constituye asimismo una obligación (art. 3 CNUDN y art. 236-3 CCCat)- para disponer y adoptar, incluso de oficio, cualquier medida (lo que incluye también su cesación) a fin de proteger y de evitar cualquier perjuicio para el menor o los menores afectados lo que justifica que, con carácter general, puedan tomarse en consideración las circunstancias atinentes al caso que se produzcan con posterioridad al inicio del proceso, sin que ello suponga vulneración de ningún precepto legal"*.



QUINTO. En consecuencia, procede acoger parcialmente las peticiones de la Sra. Caridad y del Ministerio Fiscal en lo que se refiere al régimen de visitas, tomando como referencia el superior interés del menor y el hecho incuestionable de que tiene derecho a relacionarse con su padre, por lo que debe propiciarse el acercamiento entre el padre y el hijo, inicialmente mediante la comunicación telefónica vía skipe, tal como proponía la madre en su demanda, comunicación que podrá efectuarse cada día, según acuerdo entre las partes y de forma que no interfiera las actividades habituales del niño y, a falta de acuerdo, entre las 19 y las 20 h. En cuanto a las visitas presenciales, deberán efectuarse de forma paulatina y progresiva, si bien, estableciendo distintas fases o periodos de adaptación, incrementando paulatinamente el tiempo de estancia, de forma que no podrá pasarse a la siguiente fase hasta que no se haya dado cumplimiento a la anterior.

Hay que tener especialmente en cuenta la corta edad del niño y la distancia geográfica a que se encuentra el padre por lo que, salvo que las partes acordaran otra régimen similar al que seguidamente se indica, se establece un primer año de adaptación en el que el padre podrá estar en compañía del hijo durante cada día, en el mes de julio o agosto, a su elección, y necesariamente en presencia de la madre u otra persona designada por ésta, desde las 10 h. hasta las 12 h. en la primera semana; de 10 a 14 h. la segunda semana; de 10 a 16 h. la tercera y de 10 a 20 h. la cuarta, sin que en estas dos últimas se considere estrictamente necesaria la presencia y supervisión continua de la madre.

En el segundo verano, y siempre que durante el año se haya mantenido regularmente la comunicación via skipe, elegirá la madre el mes, y la primera semana de adaptación será igualmente de 10 a 12 h. y la segunda de 10 a 14 h., pudiendo a partir de la tercera semana pernoctar en compañía del padre. A partir del tercer año se seguirá el mismo sistema de elección del padre los años impares y la madre los pares y, bajo la misma premisa de haber mantenido la comunicación regular durante el año, el padre podrá estar todo el mes de julio o de agosto en compañía del hijo, y viajar con él. A partir de los doce años el niño podrá efectuar los viajes él sólo (con la supervisión del correspondiente servicio de azafata). Los gastos de viajes y traslados serán a cargo del padre hasta que el niño cumpla doce años, momento a partir del cual los gastos de viaje correspondientes al hijo los asumirán ambos progenitores por mitad.

Por otro lado, según se deriva de las manifestaciones de la madre, el Sr. Laureano tiene familia en Francia y cada invierno pasa unos días de vacaciones en el país, o en los Pirineos, por lo que en dichos periodos también resulta beneficioso que pueda visitar al hijo durante dos horas al día, sin interferir sus actividades, y en el horario que resulte más conveniente para las dos partes.

SEXTO. Por lo que se refiere al recurso planteado por el Sr. Laureano , referido a a la pensión alimenticia, la sentencia de primera instancia establece la suma de 350 euros al mes partiendo para ello de unos ingresos de la madre de 426 euros de ayuda pública, y del hecho de que el padre es propietario de una pizzería en la isla Reunión, percibiendo unos ingresos aproximados de 2.000 euros al mes según declaración de la Sra. Caridad , si bien el Sr. Laureano sostiene que percibe 1.171 euros al mes, considerando por otro lado que el gasto medio por hijo es de unos 450 euros al mes, sin computar los gastos de colegio o guardería..

El recurrente aduce que la pensión de 350 euros al mes es excesiva y que esta parte ha aportado toda la documentación que se le ha requerido, sin ocultar en modo alguno su verdadera capacidad económica, constando en sus nóminas que habitualmente percibe 1.171 euros al mes, si bien, algunos meses percibe 1.500 euros, por lo que la media mensual es de unos 1.300 euros pero también ha acreditado que está abonando dos préstamos con cuota mensuales de 460,22 y 407,70 euros, respectivamente, y que en el impuesto de sociedades del año 2014 consta un déficit de 685 euros, acreditando igualmente que paga mensualmente la suma de 200 euros al mes por la pensión alimenticia de otra hija , desprendiéndose de todo ello que no puede hacer frente a la pensión establecida, debiendo mantenerse la de 150 euros al mes que se fijó en el auto de medidas provisionales. Añade que la Sra. Caridad no ha aportado ningún documento sobre los ingresos que le proporciona el negocio de fisioterapia que tenía en la isla Reunión y ello pese a que esta parte solicitó el detalle de ingresos, constando no obstante que se matriculó en un Master con un coste de matrícula de 3.750 euros, que no es compatible con las necesidades económicas que refiere, siendo su capacidad económica muy superior a la que manifiesta, sin que por otro lado haya acreditado los gastos del menor.

La pensión de alimentos de los hijos menores debe determinarse en función de sus necesidades y teniendo en cuenta los medios económicos y las posibilidades de las personas obligadas a prestarlos (arts. 233-8 , 237-7 , y 237-9 C.C .Cat) con la lógica consecuencia de que hay que estar a las particulares y concretas circunstancias familiares de cada caso, destacando que en este tipo de procedimientos resultan plenamente de aplicación los principios de facilidad y disponibilidad probatoria de cada una de las partes a que se refiere el art. 217-7 de la LEC , debiendo aportar cada progenitor los medios de prueba que permitan conocer al Tribunal su situación económica.



En el presente caso los documentos aportados por el Sr. Laureano se corresponden con lo que afirma en su recurso en cuanto a su capacidad económica, y el hecho de que tiene otra hija ha sido reconocido por la parte actora. Por otro lado, aun admitiendo que como dueño del negocio de la pizzería sea él quien fija su salario, ello no significa que sus ingresos sean muy superiores a los que refiere, siendo indicativo que la actora indicaba en su demanda que el Sr. Laureano percibía unos 1.700 euros al mes. Por otro lado, la Sra. Caridad manifestó en la vista que su negocio como fisioterapia en isla Reunión no lo ha traspasado, que está cerrado y que tiene que pagar 550 euros al mes de alquiler, indicando igualmente que sus ahorros de 20.000 euros los tendrá que utilizar para liquidar el negocio y el equivalente en la isla a la Seguridad Social, porque se paga dos años más tarde. Lo cierto es que no existe ninguna prueba documental que corrobore sus afirmaciones al respecto, constando en cambio que vive con su madre, que percibe una prestación de 426 euros al mes, y que desde septiembre de 2015 a junio de 2016 hizo un Master, con un coste de 3.750 euros, según dijo en la vista para especializarse y poder trabajar. Hay que tener en cuenta que se trata de una persona joven, con buen estado de salud, y con formación y experiencia laboral por lo que bien puede entenderse que su situación de desempleo es temporal, máxime después de haber cursado el Master, precisamente con la finalidad de incorporarse al mercado laboral.

En cuanto a los gastos ordinarios del niño, son los correspondientes a su edad, y el correspondiente a la cuidadora vino motivado por los estudios de la madre.

En consecuencia, ponderando todas las circunstancias dichas y atendiendo igualmente al coste que para el padre representarán los viajes anuales y estancia en España en cumplimiento del régimen de visitas, se considera un tanto excesiva la pensión alimenticia de 350 euros mensuales establecida en la sentencia de primera instancia, considerando más equitativa y ajustada a las circunstancias del caso la de 200 euros al mes, y la mitad de los gastos extraordinarios por mitad.

SÉPTIMO. Dada la especial naturaleza de las cuestiones debatidas no procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE los recursos de apelación interpuesto por las representaciones procesales de **Dña. Caridad y de D. Laureano , y por el MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº7 de los de Lleida en los autos de Guarda y Custodia nº 1120/2015, y **REVOCAMOS PARCIALMENTE** la citada resolución, en el sentido que el régimen de visitas paterno-filial será el establecido en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución, y la pensión alimenticia a cargo del padre queda fijada en 200 euros al mes, que deberán abonarse y actualizarse conforme a lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, manteniendo igualmente lo acordado en ella en cuanto a los gastos extraordinarios.

No procede efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta sentencia, a los oportunos efectos.

Así por nuestra sentencia, la pronunciamos mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución caben los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal si se dan los requisitos establecidos en los artículos 466 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debiendo acompañar con el escrito de interposición los depósitos (mediante ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal) y tasas correspondientes, en el supuesto de estar obligado a ello.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.