



Roj: **SAP C 1263/2015 - ECLI:ES:APC:2015:1263**

Id Cendoj: **15030370052015100158**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **19/05/2015**

Nº de Recurso: **449/2014**

Nº de Resolución: **180/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO TASENDE CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00180/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 449/2014

Proc. Origen: Juicio de divorcio núm. 578/2014

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 3 de A Coruña

Deliberación el día: 12 de mayo de 2015

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 180/2015

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NÚÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

En A CORUÑA, a diecinueve de mayo de dos mil quince.

En el recurso de apelación civil número 449/2014, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña, en Juicio de divorcio núm. 578/2014, seguido entre partes: Como APELANTE: DOÑA Matilde , representada por la Procuradora Sra. MOREDA ALLEGUE; como APELADO: DON Juan Antonio , representado por el Procurador Sr. GUIMARAENS MARTINEZ y el MINISTERIO FISCAL.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JULIO TASENDE CALVO.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de A Coruña, con fecha 14 de julio de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don José María Moreda en nombre y representación de Doña Matilde contra Don Juan Antonio representado por el Procurador Don José Guimaraens,



debo declarar disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre Doña Matilde y Don Juan Antonio , sin expresa imposición de las costas procesales, y con las siguientes medidas:

la.- La atribución de la guarda y custodia de la menor, a Doña Matilde , quedando la patria potestad compartida por ambos progenitores.

El régimen de visitas entre el padre y la menor será el que libremente establezcan y en su defecto el padre tendrá en su compañía a la menor, recogiéndola y reintegrándola en el domicilio familiar, en fines de semana alternos, desde la salida del colegio o 19h, en el caso que no haya colegio, hasta las 20,30h del domingo.

Durante las vacaciones de Semana Santa, estará con el padre desde el Domingo de Ramos al Miércoles Santo los años pares y del Jueves Santo al Lunes de Pascua los años impares.

En cuanto a las vacaciones estivales el padre estará con la menor, en el mes de julio los años impares y el mes de agosto los años pares.

Tanto en el periodo estival como en Semana Santa, recogerá a la menor, a las 10h del primer día y la reintegrará a las 20h del último día del periodo que le corresponda, en el domicilio materno.

En las vacaciones de navidad la hija estará con el padre desde las 14 h del 22 de diciembre hasta las 12 h del día el 31 de diciembre los años pares y desde las 14 h del día 31 de diciembre hasta el las 14 h del 6 de enero los años impares.

Las vacaciones de carnaval y de la Constitución corresponderá al padre los años pares y a la madre los años impares.

Por último, cuando los festivos coincidan con lunes o viernes, la hija estará con el cónyuge a quien le corresponda estar con la menor ese fin de semana.

El progenitor que tenga a la menor en su compañía facilitará la comunicación del otro con el mismo, telefónicamente, todos los días y en especial, los días de Nochebuena, Navidad, del padre y de la madre así como el cumpleaños de la menor o de los progenitores.

3a.- En concepto de alimentos para la menor Don Juan Antonio abonará a Doña Matilde y por meses anticipados y dentro de los primeros cinco días de cada mes, con efectos desde la fecha de esta resolución, la cantidad de 350 euros mensuales, que serán actualizadas anualmente el índice que establezca el Instituto Nacional de Estadística, mas la mitad de los gastos extraordinarios que sean necesarios para su educación o salud y no se encuentren estos últimos cubiertos por la seguridad social o seguro medico, incluyendo los derivados de los estudios de la hija, que no estén comprendidos en la gratuidad de la enseñanza obligatoria y de los estudios superiores o formación profesional.

4ª.- El uso de la vivienda familiar sita en esta ciudad y de los objetos de uso ordinario corresponde a la hija y Dona Matilde , pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos de uso personal.

El pago de los créditos hipotecario, lo pagaran, ambos cónyuges, al 50%.

Firme esta resolución, comuníquese al Registro Civil donde esté inscrito el matrimonio."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DOÑA Matilde que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 12 de mayo de 2015, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia que, con deficiente motivación, estima parcialmente la demanda y declara disuelto el matrimonio existente entre las partes por causa de divorcio, impugna el pronunciamiento que establece la obligación del padre demandado de pagar una pensión de alimentos de 350 euros al mes a la hija de los litigantes, menor de edad y que convive con la madre apelante, solicitando que se incremente a la cantidad de 800 euros, de acuerdo con lo solicitado en la demanda, o subsidiariamente a la cantidad que se considere oportuna, en todo caso superior a la establecida en la resolución apelada.

La materia relativa a los alimentos de los hijos, aunque se encuentra sometida a las normas generales de los alimentos entre parientes, previstas en el Título VI del Libro I del Código Civil, aparece específicamente



contemplada en los preceptos que regulan las relaciones paterno filiales, dentro del Título VII del Libro I del Código Civil, de modo que la obligación de prestar alimentos a los hijos tiene su fundamento legal en los arts. 39.3 de la Constitución Española y 110 , 143-2 ° y 154-1° del Código Civil , como deber emanado de la propia filiación, aunque el alimentante no ostente la patria potestad (art. 110 CC). Esta obligación, que corresponde a cada progenitor y no sólo al que vive separado de los hijos, tiene un contenido amplio que abarca todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, así como su educación e instrucción, según se desprende de los arts. 93 y 142 del CC . De acuerdo con este precepto, el derecho de alimentos durará mientras se mantenga la situación de necesidad o no haya terminado la formación del hijo por causa que no le sea imputable (SS TS 24 abril 2000 y 28 noviembre 2003). La cuantía de la prestación alimenticia viene determinada esencialmente por el caudal o la fortuna del deudor y por las necesidades del alimentista (arts. 146 y 147 CC), de modo que esta obligación incumbe a ambos progenitores de forma no solidaria sino mancomunada y en proporción a su caudal respectivo (art. 145, párrafo primero, CC), si bien, en los casos de crisis matrimonial, hay que valorar especialmente la dedicación personal a los hijos de aquél con el cual conviven (art. 103-3ª, párrafo segundo, en relación con el 149, del CC). Todo ello, sin perjuicio de considerar que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos a los parientes, las cuales serán aplicables a los alimentos debidos como consecuencia de la patria potestad sólo con carácter indicativo, permitiendo criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio e interés del menor (SS TS 5 octubre 1993 , 16 julio 2002 y 24 octubre 2008).

En el presente caso, aunque la cuantía de la pensión alimenticia acordada en primera instancia parece garantizar la subsistencia de la menor alimentista, que tiene cinco años de edad, la consideramos insuficiente en relación con las circunstancias y la capacidad económica de sus progenitores y en particular del padre alimentante, una vez reconocido que éste percibe unos ingresos mensuales brutos derivados de su trabajo como fontanero que alcanzan los 3.915 euros, de lo cual, y aun teniendo en cuenta los gastos que supone el ejercicio de su actividad como autónomo y el alquiler de su vivienda, por el que paga una renta de 300 euros al mes, se desprende la posibilidad real del alimentante de abonar una prestación superior a la fijada y más adecuada a las necesidades de la menor, que tiene unos gastos escolares y de clases de natación, tampoco discutidos, que se sitúan en torno a los 250 euros mensuales. Por ello, estimamos procedente elevar el importe de la pensión de alimentos que ha de satisfacer el demandado a la cantidad de 450 euros al mes, resultando injustificado el mayor incremento que interesa la apelante, tanto en razón a las moderadas necesidades de la menor como en atención a los medios de la demandante, puesto que, como ya hemos dicho, la obligación de alimentos incumbe también al progenitor custodio en proporción a sus recursos, aún valorando la dedicación personal al cuidado de la alimentista, siendo así que en este caso la madre percibe también ingresos por su trabajo, aunque no puede afirmarse que superen los 1.000 euros mensuales, de manera que, al menos, tiene capacidad de completar dicha prestación. En consecuencia, el motivo de apelación debe ser parcialmente desestimado.

SEGUNDO.- Por el contrario, la pretensión deducida por el demandado por vía de impugnación a la sentencia recurrida, de que la obligación de satisfacer alimentos se limite a once mensualidades, excluyendo su pago durante el mes de vacaciones que la menor pasa en compañía del padre, merece ser rechazada, ya que la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia se hace en consideración a los medios del alimentante y a las necesidades que pueda tener la alimentista durante todo el año, aunque su pago se fraccione en mensualidades.

Tampoco puede prosperar la alegación de incongruencia omisiva, basada en el hecho de que la sentencia impugnada no resuelve la solicitud de formación de inventario para proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, deducida por el demandado impugnante al amparo de los arts. 807 y 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dado que esta petición fue expresamente denegada por auto del Juzgado de fecha 1 de julio de 2014, sin que la parte interesada hubiera interpuesto recurso de reposición contra esta resolución, que devino firme

TERCERO.- El segundo motivo sustancial de la impugnación formulada por el demandado contra la sentencia de primera instancia, que fija en favor de la hija confiada a la custodia materna un régimen ordinario de comunicación y visitas para el padre impugnante, interesa que se fijen visitas intersemanales de dos horas los lunes, miércoles y viernes de cada semana, alegando la existencia de un acuerdo entre las partes sobre este particular posterior a la interposición de la demanda.

El derecho a relacionarse y comunicarse los hijos con los padres u otros parientes, también llamado derecho de visita, regulado en los arts. 94 , 160 y 161 del CC , debe ser concebido, más que como una facultad en beneficio exclusivo de éstos, como una función o derecho-deber que ha de ser ejercitada atendiendo a ese interés superior de los menores, siendo su finalidad primordial proteger y fomentar la relación afectiva de éstos



con los padres, aunque no ejerzan la patria potestad, y con sus más cercanos parientes o allegados, al objeto de procurarles la formación y el desarrollo integral que su personalidad necesita. Esta función tuitiva del derecho de visita, en beneficio de la formación e integración familiar y social del menor, también ha sido señalada por la jurisprudencia, que, además de proclamar que no debe ser objeto de interpretación restrictiva y que sólo debe ceder en caso de darse un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (SS TS 30 abril 1991 , 19 octubre 1992 , 21 julio 1993 y 9 julio 2002), reconoce al Juez amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación más conveniente al menor en cada caso y momento concreto, sin carácter definitivo (SS TS 22 mayo 1993 y 17 septiembre 1996).

Partiendo de esta premisa, carece de fundamento suficiente la solicitud del demandado de que se establezcan visitas intersemanales los lunes, miércoles y viernes de cada semana, ya que no se acredita que exista el acuerdo entre las partes alegado como sustento de la medida, y tampoco parece que esta pretensión obedezca a razones objetivas en interés de la menor que justifiquen un número tan amplio de visitas durante la semana, que ya de por sí deben tener un carácter extraordinario y limitado, tanto en lo relativo al horario como a los días de ejercicio, a fin de no alterar la continuidad y el buen orden de la convivencia de los hijos con el progenitor custodio, de manera que su ampliación en los términos solicitados podría resultar perturbadora y difícil de conciliar con las actividades ordinarias de la menor y de su madre. Sin embargo y por las mismas consideraciones, entendemos que no hay inconveniente en acordar la fijación de un día de visita intersemanal del padre, que puede ser el miércoles de cada semana durante el período ordinario de visitas, entre la salida del colegio y las 20 horas, en que la menor será reintegrada al domicilio familiar. Por consiguiente, procede estimar parcialmente la impugnación.

CUARTO.- La parcial estimación del recurso y de la impugnación determinan la no especial imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia (art. 398.2 LEC).

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

FALLO

Revocando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña, en el juicio de divorcio núm. 578/2014, debemos acordar y acordamos que el padre demandado está obligado a pagar a la hija común de los litigantes, menor de edad, una pensión de alimentos de 450 euros mensuales, y que tiene derecho a una estancia o visita con su hija los miércoles de cada semana durante el período ordinario de visitas, entre la salida del colegio y las 20 horas, en que la menor será reintegrada al domicilio familiar, manteniendo en todo lo demás el fallo apelado, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.