



Roj: **SAP PO 1123/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1123**

Id Cendoj: **36038370012015100195**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2015**

Nº de Recurso: **223/2015**

Nº de Resolución: **208/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00208/2015**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 223/15**

**Asunto: DIVORCIO 401/13**

**Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 TUI**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.208**

En Pontevedra a cuatro de junio de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de divorcio núm. 401/13, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tui, a los que ha correspondido el Rollo núm. 223/15, en los que aparece como parte apelante- demandado: D. Marta , representado por el Procurador D. PEDRO A LOPEZ LÓPEZ, y asistido por el Letrado D. ROSA MARIA LOMBA SUAREZ, y como parte apelado-demandado: D. Adrian , representado por el Procurador D. MARIA DEL CARMEN VIDAL RODRIGUEZ, y asistido por el Letrado D. MARIA CONCEPCION GONZALEZ FERNANDEZ; MINISTERIO FISCAL, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tui, con fecha 11 abril 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Estimo la petición de divorcio presentada por la procuradora Sra. Muiños Torrado en nombre y representación de Adrian respecto de Marta y en consecuencia declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por los referidos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este juicio.



Comuníquese esta sentencia al Registro civil de Tomiño donde consta la inscripción del matrimonio a los efectos de su anotación marginal.

En cuanto al régimen que regirá las relaciones paterno filiales entre las partes, se ajustará a los siguientes pronunciamientos:

-La atribución de la guarda y custodia del menor a Marta , conservando ambos progenitores su patria potestad.

-Un derecho de visitas entre Adrian y su hija en la forma expresada en el "fundamento de derecho" tercero de esta resolución.

-La atribución del uso y disfrute de la vivienda sita en la casa del BARRIO000 , nº NUM000 , Vilameán, Tomiño, a Marta y a su hijo.

-La obligación de contribuir Adrian en concepto de alimentos en beneficio de su hijo con la cantidad mensual de 200 euros mensuales, pagaderos y actualizables en la forma expresada en el "fundamento de derecho" cuarto de esta resolución. También está obligado al abono de la mitad de los gastos extraordinarios que afecten al menor."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por D. Marta , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En el presente proceso de juicio de divorcio, frente a la sentencia de instancia que declara la disolución del matrimonio de los esposos contendientes y, entre otras medidas reguladoras de tal situación, atribuye la guarda y custodia del hijo menor común a la madre con establecimiento de un derecho de visitas a favor del progenitor no custodio que contempla la pernocta en el domicilio del padre así como un reparto de los periodos vacacionales, fija una pensión de alimentos en favor del hijo y a cargo del padre por importe de 200 euros mensuales actualizables, y no restringe el proceder del padre en relación a la publicación de fotografías del hijo menor en las redes sociales tipo "Facebook", recurre en apelación la esposa-madre del menor.

**SEGUNDO.-** En su escrito de interposición de recurso de apelación, la esposa recurrente interesa: 1) en cuanto al régimen de visitas y estancias del menor con su padre, que se posponga la pernocta con éste hasta que el menor cumpla los siete años de edad o, subsidiariamente, hasta que cumpla los cuatro años; 2) que la pensión alimenticia a favor del hijo y a cargo del padre se establezca en 600 euros mensuales o, subsidiariamente, que los gastos de guardería y educación del menor se incluyan en el concepto de gastos extraordinarios sin necesidad de consentimiento expreso de ambos progenitores; y 3) con el fin de garantizar la privacidad del menor, que se prohíba al padre cualquier tipo de publicación de fotografías e imágenes de su hijo en las redes sociales o medios similares sin el consentimiento previo de la madre del menor.

Argumentando la recurrente, al respecto:

1.-Que no se entiende que el hijo menor, de dieciocho meses, tenga que pernoctar los fines de semana y periodos vacacionales con su padre, cuando por su corta edad se despierta de noche y lo primero que hace es buscar a su madre y preguntar por ella, lo que va en contra del principio "favor filli". Máxime si tenemos en cuenta el horario laboral del padre, conductor de transportes de mercancías por carretera, que no tiene carácter fijo, pudiendo desarrollarse de lunes a domingo, con el inconveniente de que los abuelos paternos del menor residen en Portugal.

Considerándose por ello que no debe contemplarse la pernocta del menor fuera del hogar materno hasta que el mismo haya cumplido los siete años o, cuando menos, hasta que alcance la edad de cuatro años, puesto que la experiencia enseña que hasta entonces es muy dependiente de la madre y necesita mantener inalterable su entorno para estar tranquilo y estable emocionalmente durante las noches.

2.-Que, teniendo en cuenta los ingresos medios mensuales de la esposa (494,68 euros netos) y los ingresos mensuales del esposo (1260 euros netos), se interesa que la pensión alimenticia del menor se determine en la suma de 360 euros mensuales, incluyendo los gastos de educación, y ello con el fin de evitar sucesivas demandas de modificación de medidas cuando el menor vaya a la guardería o esté escolarizado.

3.-Por lo que hace a la publicación por el padre de fotografías e imágenes del menor en las redes sociales, se solicita su prohibición sin contar previamente con el consentimiento de la madre.



Toda vez nos encontramos en el ámbito de la protección de datos de carácter personal y la imagen del menor que aparece como foto de portada y de perfil en el muro de Facebook de su padre, que permite la identificación del menor, tiene la consideración de dato de carácter personal, según la normativa de la protección de datos y la doctrina jurisprudencial.

Al ser el hijo común menor de catorce años, se requiere el consentimiento de sus padres o tutores, como exige el art. 13-1 del RLOPD en relación con el art. 6 de la LOPD .

La publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales. En el presente caso, dicha representación es de ambos padres y no solo del progenitor no custodio que no cuenta con el consentimiento de la madre para publicar imágenes del menor en las redes sociales como el Facebook. Lo que supone que este tipo de decisión deba ser consensuada, pues ambos progenitores son titulares de la patria potestad.

**TERCERO.-** En materia de relaciones paterno-filiales, esta Sección en anteriores resoluciones ha venido a resaltar los postulados esenciales y rasgos más característicos que la definen.

Así, de partida, conviene indicar que en los procesos de familia en el que intervengan hijos menores, por el principio del "favor filii", el Juez o Tribunal no se encuentran vinculados por las peticiones de las partes, pudiendo acordar medidas distintas a las por ella solicitadas siempre y cuando resulten más beneficiosas para los hijos ( STS de fecha 2/5/1983 ), por el prevalente interés de éstos, de conformidad con lo dispuesto, con carácter general, en el art. 39 de la Constitución Española , y, más específicamente, en los arts. 92 y 93 del Código Civil .

Particularmente, es de señalar que el derecho de visitas debe estar subordinado al interés y beneficio del menor y este sentido proteccionista se manifiesta claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, como también en la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, que sienta como principio general la primacía del interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con los menores y ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los Juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores.

Por su parte, el art. 94 del Código Civil se refiere a los progenitores que no tengan consigo a los menores para establecer el derecho que les asiste a visitarlos, el que judicialmente sólo se podrá limitar o suspender cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, actuando este supuesto como excepción a la regla general de carácter imperativo.

Y es que el régimen de visitas a que alude el art. 94 del Código Civil , consagra un derecho-deber que tiene por finalidad el fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separación convivencial, no se vean afectados por las desavenencias de sus padres, pues si está en la naturaleza e interés de los padres el trato y afecto con sus hijos, como medio para poder ejercer los deberes derivados de la patria potestad, no ha de olvidarse que también existe un interés de los hijos en el trato con sus padres, como medio para conseguir una formación integral. La presencia del padre y de la madre es fundamental para el crecimiento del niño ya que son soportes de las respectivas identificaciones, siendo de común consenso que el progenitor que no tiene la custodia es muy significativo para el niño y los niños que mantienen contactos y relaciones con ambos padres tienen mucho mejor desarrollo que los que no los mantienen.

Por lo demás, constituye criterio jurisprudencial el que el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar, debiendo ceder tan sólo en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (en tal sentido, sentencias TS, de fechas 30-4-1991 ; 19-10-1992 ; 22-5- 1993 ; 21-7-1993 ; 9-7-2002 , entre otras).

Siendo así que en la propia exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, ya se alienta a una relación fluida de los hijos con ambos progenitores, al objeto de que sufran lo menos posible los efectos perjudiciales que se derivan de la ruptura matrimonial (o convivencial), llegando expresamente a señalar que "cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés".

Así las cosas, en supuestos de normalidad, siendo esenciales tanto los referentes paterno como materno, resulta incuestionable que la comunicación con pernocta (y cuanto más amplia la misma sea) propicia el



reforzamiento del vínculo afectivo entre los progenitores no custodios y sus hijos, lo que a la postre constituye siempre un beneficio para los menores.

Pues bien, bajo tales parámetros, la posposición de la comunicación con pernocta del hijo con el padre no puede prosperar, teniendo en cuenta que el menor ya no es un bebé al estar próximo a cumplir los tres años de edad en que tendrá lugar su escolarización, que no se ha aportado a los autos ningún informe técnico o dictamen pericial que aconseje que el menor no pernocte con el padre, no siendo el primer caso de un niño con miedos nocturnos que se presenta en una familia sea o no de padres separados, y que es problema del padre el procurar adaptar su horario laboral a la comunicación con el hijo pudiendo recurrir a su familia o personas de confianza para el cuidado del niño en los singulares casos de imposibilidad como es de suponer alguna vez le ocurrirá a la madre guardadora.

Por lo que se refiere al tema económico, procede asimismo la desestimación del recurso.

Toda vez las cifras que se manejan en el recurso como ingresos de los exesposos contendientes no resultan correctos. Al deber establecerse los de la exesposa entre 600 y 700 euros mensuales (según cabe desprender de las nóminas de la misma, correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2013, obrantes a los folios 21 y 22 de los autos, así como de la información de la empresa portuguesa TRW para la que trabaja, obrante a los folios 45 y 46 de los autos) y los del exesposo en la suma de 1080 euros mensuales, a la vista de la información facilitada por la empresa "Matrama de Galaica SL" (folio 80 de los autos). Y en atención a las necesidades ordinarias de un niño de tres años. Lo que hace estimar ponderada la cuantía de la prestación alimenticia establecida en la resolución impugnada (200 euros mensuales actualizables) con apoyo en las consideraciones expuestas en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada que la recurrente no ha conseguido desvirtuar.

**CUARTO.-** Finalmente, por lo que se refiere a la problemática de la publicación por el padre de fotografías del menor en la red social Facebook, interesa destacar: 1) que el derecho a la propia imagen ( art. 18-1 CE ), en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación ( SSTC 26/3/2001 , 16/4/2007 y 29/6/2009 ); y 2) que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal ( art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

De modo que la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización ( arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor , a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal ( arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo , y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre ).

La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad ( art. 154 CC ). Señalando el art. 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad, y, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad.

Con lo cual, de pretender el Sr. Adrian la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización. Del modo que dispone el art. 156 CC . Teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

En consecuencia, en la cuestión que nos ocupa procede acoger el recurso de apelación, en el sentido de que en el caso de que don Adrian pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes



sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización.

**QUINTO.-** Dado el acogimiento parcial del recurso de apelación y la peculiar naturaleza de esta clase de procedimientos, no se hace especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

Se estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca parcialmente la sentencia de instancia impugnada, en el sentido de que en el caso de que el demandante don Adrian pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización, manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la sentencia apelada; todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.

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

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL