



Roj: **SAP PO 402/2024 - ECLI:ES:APPO:2024:402**

Id Cendoj: **36057370062024100079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **05/02/2024**

Nº de Recurso: **1025/2023**

Nº de Resolución: **57/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE FERRER GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00057/2024**

Modelo: N10250

CIDADE DA XUSTIZA--PADRE FEIJÓO, Nº 1 PLANTA 6 (36204) VIGO

**Teléfono:** 986817388-986817389 **Fax:** 986817387

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MB

**N.I.G.** 36057 42 1 2022 0010884

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001025 /2023**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de VIGO

**Procedimiento de origen:** F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000731 /2022

Recurrente: Fabio

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: MARIA SANDRA IGLESIAS BABIO

Recurrido: Isidora

Procurador: JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ

Abogado: MARIA MARIÑO CALVO

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ, D. JOSÉ FERRER GONZALEZ y D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS, han pronunciado la siguiente

**SENTENCIA nº 57/2024**

En VIGO, a cinco de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000731/2022, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0001025/2023, en los que aparece como parte apelante, Fabio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, asistido por el Abogado D<sup>a</sup>. MARIA SANDRA IGLESIAS BABIO, y como parte apelada, Isidora , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ, asistida



por el Abogado D<sup>a</sup>. MARIA MARIÑO CALVO, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ FERRER GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El litigio en primera instancia.

1. En el procedimiento número 731/2022 que tiene como objeto la regulación de las relaciones de la menor Natividad con sus progenitores, doña Isidora y don Fabio, y se sigue en el Juzgado de primera instancia número 5 de Vigo, se dictó sentencia que establece:

*" En la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gil Tránchezen nombre y representación de Dña. Isidora, como demandante, contra D. Fabio, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Fandiño Carneroen el que ha intervenido el Ministerio Fiscal, hago los siguientes pronunciamientos: Primero.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor a la Sra. Isidora, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores. Segundo.- El Sr. Fabio podrá comunicar y tener en su compañía a su hija en los términos establecidos en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución. Tercero.- El Sr. Fabio satisfará en concepto de alimentos a favor de su hija la cantidad de 1.200 euros mensuales que serán ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto designe la madre y que será actualizada anualmente conforme la variación del Índice de Precios al Consumo que indique el Instituto Nacional de Estadística.*

*Cuarto.- Ambos progenitores satisfarán los gastos extraordinarios de la menor, teniendo esta consideración entre otros, los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, sin que tengan esta consideración los libros de texto, material escolar, matrícula, uniformes, comedor, transporte escolar ni actividades extraescolares. El Sr. Fabio abonará el 70% y la Sra. Isidora el 30%.*

*No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas."*

**SEGUNDO.** Trámite en segunda instancia.

2. La representación procesal de don Fabio recurrió en apelación solicitando: a) se establezca un régimen de visitas a favor del padre fijando una visita a la semana sin pernocta, debiendo fijarse el día concreto por acuerdo de los progenitores, y en caso de desacuerdo que don Fabio pueda ejercer el derecho de visitas de una tarde a la semana con preaviso de 24 horas, pudiendo ampliarse en función de la mejora del estado de salud de don Fabio y del desarrollo de visitas por mutuo acuerdo del padre y de la madre; b) se declare que ambos progenitores satisfarán los gastos extraordinarios de la menor por mitades, teniendo esta consideración única y exclusivamente los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, sin que tengan esta consideración los libros de texto, material escolar, matrícula, uniformes, comedor, transporte escolar ni actividades extraescolares.

3. La representación procesal de doña Isidora y el Ministerio Fiscal se opusieron a la estimación del recurso.

4. La deliberación se celebró el día 1 de febrero de 2024.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Motivos de recurso.

5. Estima el recurrente que la determinación del régimen de visitas y estancias con la menor y la determinación de la contribución a los gastos extraordinarios son consecuencia de un claro error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho.

**SEGUNDO.** Sobre la convivencia.

6. Bajo la invocación de inidoneidad del régimen de visitas establecido, error en la valoración de la prueba, y error en la aplicación del derecho ( artículo 94 del Código Civil ) se alega en el recurso que la edad y condiciones de una persona 78 años ( a la que se suman los concretos problemas de salud de don Fabio ) dificulta gravemente que se pueda hacer cargo debidamente de las necesidades de una niña de dos años, que demanda cuidados y atención constante, en el acto de la vista la madre declaró que todavía usa pañal, considerando que las pernoctas son contrarias al interés superior de la menor y al mayor bienestar que pueda proporcionarse, pues, difícilmente su padre de 78 años que vive sólo con problemas de salud va a poder prestarle los cuidados y atención que pueda brindarle su madre de 41 años de edad.

7. Para dar adecuada respuesta a la pretensión del progenitor recurrente, que en el régimen de convivencia con su hija menor Natividad que en el momento de dictarse esta resolución se estaría desarrollando en fines de semana alternos y en la mitad de periodos vacacionales, que pretende se reduzca a una tarde la semana con



preaviso de 24 horas, preciso es comenzar por recordar, con la s. T.C. 176/2008 de 22 Dic. 2008, Rec. 4595/2005 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 en el año 2011.

8. En materia de relaciones paternofiliales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable ( s.T.C. 176/2008, ya citada)-

9. Con los elementos de prueba aportados al proceso no resulta posible apreciar la existencia de *graves dificultades* del progenitor para atender de manera adecuada a su hija durante el tiempo de convivencia determinado en la sentencia de primera instancia. Los *problemas de salud*, aparecen concretados, según los informes aportados, en una fibrilación auricular a la que según el informe que se aportó se habría dado *solución eficaz mediante cardioversión* en el año 2011, y en patologías cervicales y lumbares diagnosticadas en el año 2013, sin que en ninguno de los informes se dé cuenta de afectación a la capacidad para a los actos de la vida diaria. La edad del progenitor no parece haber condicionado siquiera su capacidad para organizar el cuidado de la vivienda en la que vive y el cuidado de su persona, pues no resultando que tuviera dificultad económica alguna para acudir al auxilio de terceras personas profesionales que pudieran siquiera auxiliarlo (en la sentencia dictada en primera instancia se señala que *ha declarado y acreditado percibimos 3000 euros mensuales, siendo más que evidente y presumible que sus ingresos son bastante superiores, desde el momento que es el propio señor Fabio el que fija su propio salario, como administrador que es de su propia empresa* , apreciación que ahora en la alzada no se discute siquiera) habría optado por prescindir de tales servicios (en el recurso se alega que *no dispone de personal y familia que le pueda ayudar*); si el recurrente realiza las labores de mantenimiento de su vivienda, de preparación de sus alimentos y de limpieza personal, no parece que hubiera de tener mayor dificultad para realizar los actos de cuidado, alimentación y limpieza que requiriera su hija menor, aun cuando esta tuviera dos años de edad y todavía precisase del uso de pañales.

10 . Habremos de considerar, además, que la diferencia de edad entre el padre y la madre ha sido ya tomada en consideración en la sentencia de instancia como uno de los elementos para determinar el régimen de custodia y, por tanto, de convivencia ordinaria.

11 . También se invoca en el recurso un *hecho nuevo de carácter complementario: el estado de salud de don Fabio consecuencia de su reciente caída y de la imposibilidad de llevar a cabo el régimen de visitas fijado en la sentencia*.

12 . El recurrente aportó un informe médico en el que se indica que el 23 de mayo de 2023 haría sufrido una *caída accidental con gran impacto*, a consecuencia de la cual habría resultado con *contusiones múltiples* prescribiéndosele tratamiento mediante antiinflamatorios y recomendado *reposo durante 6-8 meses aproximadamente con incorporación progresiva a sus actividades habituales*. Sin necesidad de entrar a considerar la atendibilidad probatoria del citado informe, habremos de concluir que no aporta elementos fácticos que permitieran fundamentar las graves dificultades para el cuidado de su hija que se alegan; por una parte, por cuanto se trataría de circunstancias meramente temporales (aunque se prolongaran los siete meses que el médico señala para la curación de contusiones que habrían de sanar con antiinflamatorios); por otra, y es la razón esencial, por cuanto en el recurso no se llega siquiera a alegar que después de la citada caída el progenitor hubiera requerido del auxilio de terceras personas para realizar las tareas propias del hogar lo que permite inferir que también podrá realizar las labores necesarias para el cuidado de su hija.

13. Por último, la ausencia de convivencia previa continuada del progenitor con la hija menor ya se toma en consideración en la sentencia de instancia para fijar un régimen de visitas progresivo.

**TERCERO.** Sobre los gastos extraordinarios.

14. Tras invocar *error en la valoración de la prueba acerca de la capacidad económica de las partes, idoneidad de un porcentaje de participación los gastos extraordinarios equitativo*, alega sobre las *posibilidades económicas de los progenitores, y sobre la elevada pensión de alimentos fijada*.

15. Estima el recurrente que *de la prueba practicada resulta que ni doña Isidora tiene dificultades económicas, ni don Fabio tienen nivel de vida que se pretende hacer ver; y añade : todo cuanto don Fabio posee es conocido por el juzgado (inmuebles, participaciones sociales, cuentas bancarias, etc.), frente a la opacidad de los bienes que posee doña Isidora* .



16 . La alegada transparencia en los medios económicos del progenitor requiere considerar que en la sentencia de instancia para poder determinarlos a los efectos de cuantificar los alimentos que habría de abonar en favor de su hija menor hubo de acudirse a la prueba indirecta o de presunciones comparando la cuantía de dos ingresos reconocidos con su fuente o medio de obtención y el patrimonio inmobiliario ( *ha declarado percibir unos 3000 euros mensuales, siendo más que evidente y presumible que sus ingresos sean bastante superiores, desde el momento en que es el propio señor Fabio el que fija su propio salario como administrador que es de su propia empresa, y que difícilmente le permitiría hacer frente a los gastos con los que se enfrenta mensualmente como es la pensión de alimentos de su otra hija menor, 1200 euros al mes, estando dispuesto a contribuir con una cantidad similar para, lo que supondría abonar solo en pensiones alimenticias 2400 euros al mes, siendo además propietario de al menos tres inmuebles residenciales, una en DIRECCION000 y otros dos en DIRECCION001* ).

17 . La opacidad en los medios económicos de la progenitora pretende construirse alegando que *refirió que no disponía de vehículos para el transporte en el año en el escrito de demanda, cuestión esta desmentida por esta parte su contestación, que finalmente quedó acreditada en la vista*, con lo que no parece repararse en que según la documental aportada por el propio recurrente fue en el mes de diciembre del año 2022, después por tanto presentarse la demanda, cuando aquel le habría vendido un vehículo utilitario de segunda mano a la demandante. Y añadiendo que *únicamente se aporta documentación de la entidad DIRECCION002 , pero no se acredita no tener cuentas abiertas en ningún otro banco en España ni en Rusia*, lo que habrá de llevar a considerar la ausencia de alegación siquiera de la posesión por la progenitora de depósitos en cuentas bancarias distintas de la acreditada en autos, silencio que escusaría de señalar siquiera las dificultades de prueba de los hechos negativos.

18 . Añade el recurrente que *doña Isidora ha heredado una casa en Rusia junto con su hermano , pero con no afirmarse siquiera que el inmueble produzca algún tipo de rendimiento económico, tampoco llega siquiera a señalarse que su valor económico pudiera ser comparable al de alguno de los tres inmuebles residenciales de los que el recurrente es propietario de nuestro país*.

19 . En el recurso no llega siquiera a concretarse la existencia de una fuente de ingresos económicos de la progenitora distinta de la prestación pública de mínimo vital que se acredita con el extracto de cuenta bancaria aportado, con lo que si además consideramos la acreditación documental del recurso a medios económicos proporcionados por instituciones de la caridad habremos necesariamente de concluir la corrección de la apreciación probatoria de los medios económicos realizada en la sentencia de primera instancia.

20 . Tras alegarse *la elevada pensión de alimentos fijada como consecuencia de la mejor situación económica de mi representado*, se añade que *habiendo un importante remanente entre lo entregado por su padre y lo que la niña precisa, se entiende desproporcionado a dicha situación que las partes abonen los gastos extraordinarios de la menor descritos en la sentencia por mitades y no en la proporción de 70%-30%*.

21 . Siendo distintas las necesidades de la menor a las que habría de atenderse con la contribución alimentos ordinaria y con la extraordinaria, la propuesta que parece querer realizar el recurrente (ahorro en los gastos ordinarios para dedicar parte de la pensión de alimentos a satisfacer los gastos extraordinarios) resultaría contraria al principio que rige la alimentación de los menores que no sólo se determina conforme a sus propias necesidades sino también a los medios de los que disponen los progenitores llamados satisfacerlas ( artículos 39 de la Constitución Española y 154.1 del Código Civil).

22 . Por último, en el recurso no se llega siquiera a concretar que la proporción en la que los medios económicos del progenitor supera a los de la progenitora sea inferior a la cuota proporcional de distribución de los gastos extraordinarios determinada en la primera instancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 146 del Código Civil.

**CUARTO.** Costas procesales y depósito para recurrir.

23 . Al desestimarse el recurso de apelación habrán de imponerse a la parte recurrente las costas de la segunda instancia, en atención a lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC.

24 . La desestimación supone, además, la pérdida del depósito en su día realizado para recurrir ( Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Por lo expuesto, y haciendo uso de la potestad de juzgar que nos confiere el artículo 117 de la Constitución Española.

**FALLAMOS**



Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don José Antonio Fandiño Carnero, en representación de don Fabio frente a la sentencia de primera instancia, condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas por su recurso, y a la pérdida del depósito para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación en los términos establecidos en el artículo 477 LEC.

Al tiempo de la interposición del recurso deberá la parte recurrente acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, abierta en BANCO SANTANDER, cuenta expediente 0915000012102523, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente. Si el ingreso se efectúa a medio de transferencia el núm. de cuenta IBAN es el siguiente: ES55 0049 3569 9200 0500 1274 haciendo constar en el/los justificante/s de ingreso y como concepto y observaciones el número de cuenta expediente antes reseñado.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO