



<http://civil-mercantil.com/>

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, Sección 22.<sup>a</sup>**

Sentencia 116/2014, de 4 de febrero de 2014

Rec. n.º 159/2013

**SUMARIO:**

**Proceso de determinación de filiación paterna no matrimonial. Pensión de alimentos. Cuantía. Régimen de visitas paternofiliales.** *El derecho de visitas no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educativas de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales, y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación. Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible. Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del favor filii, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. El legislador establece como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.*

**PRECEPTOS:**

Convención sobre los derechos del niño de 1989, art. 3.

Constitución Española, art. 39.3.

Código Civil, arts. 92, 93, 94, 96, 110, 142, 144, 146, 147, 154, 158, 160 y 161.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 216, 218 y 749.2.

**PONENTE:**

*Doña María del Rosario Hernández Hernández.*

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0001437



<http://civil-mercantil.com/>

Recurso de Apelación 159/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid

Autos de Filiación 69/2012

Demandante/Apelado: DON Dimas

Procurador: Don Carlos Plasencia Baltes

Demandante/Apelado: DOÑA Concepción

Procurador: Don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Rosario Hernández Hernández

#### **SENTENCIA**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Dª. Rosario Hernández Hernández

\_\_\_\_\_ /

En Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Filiación seguidos bajo el nº 69/12, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 97 de los de Madrid, entre partes:

De una como apelante, Don Dimas , representado por el Procurador Don Carlos Plasencia Baltes.

De otra, como apelada, Doña Concepción , representada por el Procurador Don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.**

La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

##### **Segundo.**

Con fecha 8 de noviembre de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia nº 97 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "FALLO: QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO LA DEMANDA INTERPUESTA POR DA. Concepción ; REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. FERNANDO RUIZ DE VELASCO MARTÍNEZ DE ERCILLA, CONTRA D. Dimas , REPRESENTADO POR EL PROCURADOR



<http://civil-mercantil.com/>

D. CARLOS PLASENCIA BALTES, EN EL QUE HA SIDO PARTE EL MINISTERIO FISCAL; DEBO DE ACORDAR Y ACUERDO:

- 1.- DECLARAR QUE LA MENOR Mercedes ES HIJA NO MATRIMONIAL DE D. Dimas .
- 2.- PROCÉDASE EN CONSECUENCIA, A EFECTUAR LAS OPORTUNAS ANOTACIONES E INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL.
- 3.- Que por D. Dimas deberá abonar a doña Concepción en concepto de pensión de alimentos para su hija Mercedes la cantidad de 600 euros mensuales desde la fecha de la demanda inicial del presente procedimiento, que deberán ser abonados del 1 al 5 de cada mes mediante ingresos en la cuenta bancaria que la madre designe, y será actualizada con efectos de 1 de enero de cada año conforme al Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiera sustituirle, siendo la primera actualización con efectos de 1 de enero de 2013.
- 4.- Condenar al demandado al pago de las costas causadas en esta instancia.

Contra la presente SENTENCIA CABE RECURSO DE APELACIÓN, ante este JUZGADO, para ante la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, a interponer en el plazo de VEINTE días desde su notificación escrita.

PARA LA ADMISION A TRÁMITE DE LA INTERPOSICIÓN DEL INDICADO RECURSO DEBERÁ LA PARTE ACOMPAÑAR RESGUARDO DE INGRESO DE 50 EUROS EN LA CUENTA DE ESTE JUZGADO Nº 97, 5068 0000 36 0069 12 DE LA ENTIDAD BANESTO, BAJO APERCIBIMIENTO DE INADMISIÓN A TRÁMITE Y POR APLICACIÓN DE LA L.O. 1/2009 Disp. Adic. 15ª

Así por esta mi SENTENCIA, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y firmo".

#### **Tercero.**

Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Don Dimas , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por Doña Concepción , escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos en su momento se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 3 de los corrientes.

#### **Cuarto.**

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La representación procesal de Dº Dimas , demandado en proceso entablado para la determinación de la filiación paterna no matrimonial de la menor de edad Mercedes , interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 8 de noviembre de 2.012 , en la que, con estimación de la demanda, en lo que aquí interesa, se establece en favor de la menor una pensión de alimentos de 600



<http://civil-mercantil.com/>

euros mensuales y no se instaura régimen de visitas paternofiliales, condenándose al demandado al pago de las cosas de la primera instancia.

Postula el apelante se reduzca la pensión a su cargo a 200 euros al mes y se establezca un sistema de contactos gradual, en los términos que expresa en el suplico del escrito de recurso, al que nos remitimos en aras a la brevedad, en todo caso, dejando sin efecto la condena que le viene impuesta al pago de las costas del proceso.

Se opone al recurso el Ministerio Fiscal interesando su desestimación e integra confirmación de la disentida, en iguales términos que la contraparte, si bien esta solicita además la imposición de las costas de la alzada al apelante.

#### **Segundo.**

Por lo que respecta a la cuantía de la pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio, esta Sala, a la vista de los antecedentes obrantes en autos, atendido el resultado de la prueba practicada y tras un examen detallado de las actuaciones, considera más modulado el aporte paterno que se fija en la sentencia apelada que el propuesto por el recurrente, como más proporcionado a la capacidad económica de ambos obligados y necesidades de la alimentista, ello de conformidad con la doctrina legal y jurisprudencial en la materia, reiterada en señalar :

"Que para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad"; y en atención a lo dispuesto en los artículos 142 , 144 , 146 y 147 del Código Civil , la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe"; normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, sino que implica solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro (vid: S.S.T.S. de 14 de Febrero de 1976 y 5 de Noviembre de 1983); cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio solo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas."

Pues bien, a la vista de la legalidad vigente y doctrina jurisprudencial citadas, del estudio de las actuaciones y de la prueba de autos procede desestimar el presente motivo al considerarse correcta, hoy por hoy, la cantidad señalada en concepto de pensión de alimentos.

En efecto, por lo que a las necesidades de la hija común respecta, hemos de entender estas en los términos del artículo 142 del Código Civil , a cuyo tenor

"Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."

Conforme a dicho precepto, las necesidades que nos ocupan no resultan por ningún motivo inferiores a las de cualquier persona de la misma edad de Mercedes , de 3 años cumplidos a esta fecha, como nacida a NUM000 de 2.010, en función del concreto nivel de vida del padre, del que se le habrá de hacer partícipe.

<http://civil-mercantil.com/>

En el supuesto de autos la menor constante el proceso no había sido escolarizada, pero acudía a guardería con un coste ya superior al importe de la pensión con cargo al padre.

Dicho ello, ha de tenerse en consideración que las pensiones de alimentos en el marco judicial se han de fijar con vocación de futuro, así como las restantes medidas, sin olvidar que el crecimiento y la evolución no implican aumento o disminución de las necesidades, sino una simple transformación en la que unas que desaparecen abren paso a otras que van surgiendo, de manera que, si bien es previsible que en breve, si es que no ha ocurrido ya, desaparezca el coste de guardería, pasara a ser sustituido por el de colegio.

Además, el concepto de necesidades, entendidas conforme definición que de las mismas nos proporciona el Código, no se agota en la mera instrucción y educación, comprensiva en su promedio de cuanto la misma conlleva, matrícula anual, uniforme, libros y material escolar, alguna actividad extraescolar, de no constituir extraordinario, salidas proyectadas por el colegio.....etc., sino que es más amplio, al englobar gastos de alimentación en el aspecto meramente nutricional, calzado, vestido, higiene, ocio, o los desembolsos derivados del alojamiento, suministros y demás de mantenimiento de la vivienda que se ocupa, así como los diversos del hogar a su prorrata y en promedio, en función del número de moradores, considerando igualmente los médico farmacéuticos que no constituyan un extraordinario.

A las necesidades vistas responde perfectamente la contribución económica que se ha fijado, máxime cuando no existe vivienda familiar atribuida a la niña en méritos al artículo 96 del Código Civil, de manera que la contribución paterna se limita en este caso a lo meramente económico, sin que venga justificado un aporte inferior, pues no puede pretender el padre se contraiga a lo perentorio para el mantenimiento de los mínimos vitales, siendo 200 euros al mes inadecuado por defecto, a diferencia de los 600 euros que se establecen en la disentida, cantidad esta modulada, susceptible de ser satisfecha por este padre, sin grandes sacrificios y sin demérito del propio sustento, sin que pueda calificarse en absoluto de desorbitada en la economía de que goza.

En efecto, dispone D<sup>o</sup> Dimas de ingresos mensuales periódicos, regulares y estables procedentes de dos fuentes diversas, pues de Telefónica percibe 1.889,30 euros netos en 15 pagas (documento obrante al folio 62 de autos), nómina respecto de la cual, la contribución discutida no supone siquiera el 30 %, de donde 600 euros mensuales son modulados conforme reiterada doctrina jurisprudencial, aun cuando se quisiera prescindir de los 15.538,96 euros brutos anuales que certifica la C.A.M., a 13 de septiembre de 2.012 corresponderían para tal año al recurrente.

Por tanto, puede desde luego abonar en favor de Mercedes D<sup>o</sup> Dimas 600 euros todos los meses, sin grandes sacrificios y sin demérito del propio sustento, por más que soporte cargas económicas, en ningún caso, por cierto, prioritarias a la de prestar alimentos.

Téngase en consideración que con anterioridad al proceso, este padre voluntariamente hizo aportes regulares de 500 euros buena parte de las mensualidades, de donde el mismo hizo reconocimiento de su capacidad de pago y de las efectivas necesidades.

Para concluir, la progenitora custodio ya viene contribuyendo a los alimentos de Mercedes, no solo de manera material, efectiva y directa, sino incluso económicamente, pues 600 euros al mes, atendido el actual coste de la vida, máxime en el lugar de residencia de la hija, no colman todos los gastos que genera esta, pues ya hemos dicho que coincide con el coste de guardería, de donde da perfecto cumplimiento al deber que le viene impuesto en los artículos 110, 143 y siguientes, así como 154, entre otros, del Código Civil, de aplicación al supuesto de autos.

Procede la desestimación del concreto motivo de recurso, sin más que precisar que tanto la necesidad como la capacidad económica, son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación del Juez de

<http://civil-mercantil.com/>

primer grado, facultad de libre apreciación y discrecionalidad que debe atemperarse a elementos de juicio y base de proporcionalidad que establece el artículo 146 del Código Civil .

Para concluir, baste como evidencia de la modulación y proporcionalidad de la pensión fijada al padre, el hecho de que el Ministerio Fiscal, quien interviene en procesos como este de manera necesaria al afectar a una menor de edad ( artículo 749.2 de la L.E. Civil ), en cuyo exclusivo beneficio lo hace, con total objetividad e imparcialidad interesa en la alzada en su escrito de oposición al recurso de fecha 17 de enero de 2.013, se mantenga la pensión acordada en la instancia, sin duda por entender que con 600 euros mensuales queda amparado suficientemente el superior interés de Mercedes .

### **Tercero.**

Al ir referido el segundo motivo de recurso al régimen de visitas entre una menor de edad y su progenitor no guardador, conviene precisar con carácter previo al examen de la problemática planteada a la Sala, que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en "tener a los hijos en su compañía" ( art. 154 CC ), se desdobra en dos nuevas: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro. Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según reciente jurisprudencia:

- a) La convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%,
- b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o el divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos,
- c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

El derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el art. 161 del Código Civil , no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales, y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación.

Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92 , 93 y 94 del Código Civil , que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia.

De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.



<http://civil-mercantil.com/>

Dar prevalencia al interés del hijo, no es otra cosa que la completa comunicación con el padre, por encima de otros derechos que se ven relegados parcialmente. En ningún caso el derecho de visitas puede ser una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su fin no es otro que facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos.

En este sentido, en sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 6 de junio de 2.002 parte del indiscutible hecho de que los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores, y el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia.

En esta materia debe atenderse principalmente al interés del menor, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española . Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

Debe recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art.751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española , 94 y 160 esencialmente del Código Civil, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto, la S.T.S. de 30- 4-1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil . Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del

derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo ( STS 21-7-1993 ) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , como principio general que debe informar su aplicación. "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E . así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993 , que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989 ) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil ) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

#### **Cuarto.**

Atendidas estas premisas, del examen detallado de los autos, y en atención a las particulares circunstancias en concreto concurrentes en el caso, consideramos adecuado en el presente el establecimiento de un régimen de visitas entre Mercedes , ya de 3 años de edad a esta fecha, como nacida a NUM000 de 2.010, que permita la efectiva iniciación de los contactos con el padre en el plazo más breve posible, poniendo fin a la actual situación de total desconocimiento de tal figura, sin que se vea beneficio que le ocasione mantenerse en tal estado de privación del padre, ni la dilación de ello a momento lejano, pues se ve despojada de un referente que obviamente va a resultar para ella enriquecedor y que necesita para alcanzar la plena estabilidad en todo orden, familiar, escolar, social, y para su crecimiento como persona.

Tenemos en consideración la absoluta situación de normalidad tanto en uno y otro progenitor como en la niña, no se padece ninguna patología o incapacidad, ni se informa ni se alude a indicadores negativos, ya en el progenitor masculino, ya en la madre o en la hija, siendo lo único que se observa un distanciamiento y deterioro en la relación interprogenitores.

En estas circunstancias, no vemos sea imprescindible para iniciar los contactos, acudir a proceso de modificación de medidas, ni dar intervención a las instituciones, en situación de imposibilidad de estas de llevar a cabo de inmediato, o en un futuro próximo su actuación, de la misma manera que ni siquiera la propia progenitora femenina considera precisa una institución mediadora para confiar a la menor a



<http://civil-mercantil.com/>

terceros por completo extraños, no solo a la propia niña, sino incluso a ella misma, como es el caso del personal de una guardería, o pudiera serlo el de un cuidador al que tuviera puntualmente que recurrirse.

Estimamos absolutamente modulado y prudente el régimen de comunicaciones paternofiliales progresivo que propone el padre, ideado sobre la base del beneficio exclusivo de la niña, que antepone al suyo propio, puesto que, adviértase, evita viajes a esta comprometiéndose a desplazarse el mismo, hasta el momento en el que Mercedes alcance la edad de 6 años, iniciándose con unas primeras tomas de contacto, en coyuntura de desacuerdo, de un fin de semana al mes, por espacio de dos horas, si se quiere, añadimos nosotros, a presencia de la madre o de tercera persona de su confianza, luego ampliables a cuatro y seis horas, teniendo lugar ya, en la novena semana, visitas de un fin de semana al mes, sábados y domingos sin pernocta, y, cumplidos los 4 años por la niña, 3 días consecutivos en Navidad, con pernocta, acumulables al fin de semana que corresponda al padre en el mes en curso, e incluso alguna festividad de Navidad, Año Nuevo o Reyes, un fin de semana en Semana Santa y 10 días en verano; y, ya cumplidos los 6 años por la común descendiente, iguales periodos vacacionales que se han expresado, pero con posibilidad, de persistir la residencia de la niña en el extranjero, de desplazarse esta a España con el padre para disfrutar de los dichos periodos.

Tales contactos no van a ocasionar perjuicio, perturbación ni molestia alguna a la niña, como de hecho reconoce la madre, cuya dirección letrada en vista expreso que no se oponía frontalmente a las visitas, por el contrario, permitirán que se adapte a esta nueva figura con miras a profundizar luego el contacto, para intensificar y solidificar el vínculo y hacer que surja la corriente afectiva hacia su padre, lo que también va a depender de las habilidades que este muestre para con la niña.

Consideramos que la medida que adoptamos es conforme al 94 del Código Civil, toda vez que el régimen de visitas solo se ha de evitar de concurrir graves circunstancias que así lo aconsejen y aquí no se aduce ni se observa ninguna, más allá de un simple distanciamiento, o de detectarse incumplimientos, igualmente graves y reiterados de las obligaciones impuestas en la resolución judicial, lo que tampoco acontece.

Procede en los términos expuestos la revocación parcial de la disentida, por implicar una perjudicial para la niña dilación del momento en el que han de iniciarse los contactos, dado el peso innegable de la pérdida del tiempo a la edad de Mercedes, no susceptible de recuperación ulterior, en ausencia de cualquier temor en orden a un posible inadecuado comportamiento del padre, en quien no se sugiere siquiera a anomalía, y siendo más fácil la adaptación a situaciones nuevas cuanto menor es la edad de la niña y con mas premura se introducen, en un momento en que se ha alcanzado por esta menor el suficiente grado de madurez e independencia física respecto de su progenitora, al haber rebasado con creces el periodo de lactancia.

Téngase en consideración que todo sistema de contactos en sede judicial se diseña siempre en coyuntura de desacuerdo, desde lo general, esto es, partiendo de lo beneficioso a la generalidad de las familias, y en previsiones de mínimos para garantizar el mantenimiento, o surgimiento, como en este caso, de la relación afectiva entre el niño y el progenitor no guardador, sin judicializar en exceso la problemática.

Para concluir, nos encontramos en presencia de materia indisponible, de orden público, ius cogens o derecho necesario, en la que se relaja el rigor de los principios dispositivo y de rogación ( artículo 216 de la L.E. Civil ), a diferencia de cuando de las restantes materias de derecho privado se trata, lo que descarta toda incongruencia ultra o extrapetita, al venir facultado el tribunal a adoptar las medidas más adecuadas a la niña, incluso de no haberlo interesado los litigantes, o se hayauplicado en términos diversos a los que aquí acordamos, máxime cuando nos habilita a ello el artículo 218 de la L.E. Civil, en el que se plasma el conocido aforismo doctrinal "da mihi factum, dabo tibi ius", permitiendo al Tribunal, sin apartarse de la causa paetendi, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que

las partes hayan querido hacer valer, resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas acertadamente por los litigantes.

**Quinto.**

Al ser parcialmente estimado el recurso, ha de dejarse sin efecto la condena impuesta al demandado al pago de las costas de la primera instancia, debiendo respecto de estas, cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad, dado que no se razona en la disentida, ni se advierte por la Sala, méritos que justifiquen su imposición al demandado, por haberse opuesto con temeridad o mala fe.

**Sexto.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E. Civil, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada.

**Séptimo.**

- La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación

**III.- FALLAMOS**

Que ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Carlos Plasencia Baltes, en nombre y representación de don Dimas, contra la sentencia dictada en fecha 8 de noviembre de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia nº 97 de los de Madrid, en autos de Filiación nº 69/12, seguidos a instancia de Doña Concepción contra el citado, debemos REVOCAR y REVOCAMOS también en parte meritada resolución, ACORDANDO:

1º.- En coyuntura de desacuerdo, podrá Dº Dimas contactar con su hija Mercedes y tenerla en su compañía, el tercer sábado de cada mes, computado desde la fecha de la notificación de la presente resolución, desde las 11:00 a las 13:00 horas, a presencia de la madre, si esta quiere, o de persona de su confianza, en las 2 primeras visitas, en la ciudad donde radica el domicilio materno; las dos siguientes comunicaciones tendrán una duración de 4 horas, desde las 11:00 a las 15:00 horas, y a partir del 5º mes, con igual horario de inicio, concluirán los contactos a las 19:00 horas.

De la novena comunicación en adelante, las visitas tendrán lugar también el tercer fin de semana de cada mes, sábados y domingos, sin pernocta, iniciándose las de sábados a las 11:00 horas y concluyendo a las 19:00 horas, y las de los domingos, con igual horario de comienzo, concluirán a las 13:00 horas.

Una vez Mercedes alcance los cuatro años de edad, podrán contactar padre e hija en vacaciones escolares de Navidad durante 3 días consecutivos con pernocta, susceptibles de ser acumulados al fin de semana en que corresponda a aquel la permanencia en el mes corriente, contemplando incluso alguna de las festividades de Navidad, Año Nuevo o Reyes, preavisando a la madre Dº Dimas con 15 días de antelación; en las vacaciones de Semana Santa podrá visitar a la menor un fin de semana, además del que corresponda al mes en curso, siendo este el anterior a la dicha Semana Santa o el del domingo de resurrección, también preavisando a Dª Concepción con 15 días de antelación. En vacaciones de verano



<http://civil-mercantil.com/>

podrán Mercedes y Dº Dimas contactar 10 días, a elegir por el padre, entre julio y septiembre, con igual preaviso a la madre con 15 días de antelación.

Una vez cumpla Mercedes los 6 años de edad, de continuar residiendo en el extranjero, será factible que la menor se desplace a España con el padre para el desarrollo de las estancias vacacionales.

Deberá el padre, salvo pacto en contrario, recoger y entregar a la niña para el inicio y término de las comunicaciones, en el domicilio materno.

Todo ello sin perjuicio de que, de viajar la madre al país, pudiera también tener lugar aquí la comunicación.

2º.- Se deja sin efecto la condena impuesta al demandado al pago de las costas de la primera instancia.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Deberá devolverse al apelante el depósito constituido para recurrir en apelación.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banesto Oficina Nº 1835 sita en la calle Capitán Haya nº 46, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0159-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.