

**GUARDA Y CUSTODIA. 2 HIJOS MATRIMONIO ANTERIOR Y 1 HIJO DE LA NUEVA PAREJA. CUANTIA PENSION DE ALIMENTOS. PADRE TIENE 2 HIJOS DE UN MATRIMONIO ANTERIOR A LOS QUE PAGA 250€ A CADA UNO TOTAL 500€ GANANDO 2.750€ AL MES. NUEVO PROCESO GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA PARA LA MADRE Y PENSIÓN DE ALIMENTOS 350€ AL MES. TOTAL PENSIÓN DE ALIMENTOS PAGADAS A LOS TRES HIJOS 850€ GANANDO 2.750€ ES DECIR EL 30%.** La pensión de alimentos de los hijos es 268€ a cada uno con la actualización, Si se abonan a cada hijo 268,33 € (536,66 €), la suma de esta partida a los 350 € que señala la resolución recurrida da un total de 886,66 €, siendo así que dicha cifra no alcanza al 33% de los ingresos reconocidos (908,16 €). **Al respecto debe indicarse que el límite porcentual al que se refieren los aludidos recursos** -como bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal-, **en absoluto es un índice fijo, riguroso e inflexible, sino que sirve solo como mero criterio de referencia** sometido siempre a las características y condiciones que en cada específico supuesto concurren.

**Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 25 abril 2023. Número Sentencia: 159/2023 Número Recurso: 601/2022 Numroj: SAP VA 863/2023 Ponente: José Ramón Alonso-Mañero Pardal Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000562 /2021**

**Cabecera:** Gasto extraordinario del hijo. Obligación dar alimento. Requisitos y caracteres de la obligación de alimentos

Interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el proceso sobre guarda, custodia y fijación de alimentos respecto de hijo menor de edad no matrimonial que se ha seguido con el número 562/2021 ante el juzgado de primera instancia número diez de Valladolid - aclarada por auto de 25/05/2022, interesando tan solo la parcial revocación de dicha resolución, pues limita su impugnación al pronunciamiento por el que se dispone un **obligación alimenticia** del hijo menor de edad de ambos litigantes a cargo del ahora apelante de 350 euros mensuales, anualmente actualizable con arreglo al índice de precios al consumo, devengándose la misma desde la fecha de presentación de la demanda con descuento de las pensiones que hubiera abonado voluntariamente.

PROCESAL: Error en la valoración de la prueba. Aclaración y rectificación de resoluciones. Proporcionalidad

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [José Ramón Alonso-Mañero Pardal](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 25/04/2023

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 159/2023

**Número Recurso:** 601/2022

**Numroj:** SAP VA 863/2023

**Ecli:** ES:APVA:2023:863

**ENCABEZAMIENTO:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00159/2023

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2021 0013228

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000601 /2022

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI  
NO C 0000562 /2021

Recurrente: Felipe

Procurador: MARIA YOLANDA GUTIERREZ IGLESIAS

Abogado: EVA-VICTORIA BENITO AGÚNDEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Delfina

Procurador: , CRISTOBAL PARDO TORON

Abogado: , ALBERTO IGLESIAS LUIS

SENTENCIA nº 159/2023

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

D<sup>a</sup> EMMA GALCERÁN SOLSONA

En VALLADOLID, a veinticinco de abril de dos mil veintitrés.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de FAMILIA GUARDA, CUSTODIA ALI.HIJ MENOR NO MATRINO C nº 562/2021, del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Valladolid, seguido entre partes, de una, como DEMANDANTE-APELADA, D<sup>a</sup> Delfina, representada por el Procurador D. Cristóbal Pardo Torón y defendida por el Letrado D. Alberto Iglesias Luis; y de otra, como DEMANDADA-APELANTE- IMPUGNADA, D. Felipe, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Yolanda Gutiérrez Iglesias y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Eva-Victoria Benito Agúndez; habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL, en la intervención que le es propia, como parte APELADA-IMPUGNANTE.

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 09/05/2022, se dictó sentencia, ACLARADA POR AUTO DE 25/05/2022, cuyo fallo y parte dispositiva, respectivamente, dicen así: "Estimando parcialmente a demanda interpuesta por el Procurador Sr. Pardo Torón en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Delfina frente a D. Felipe, acuerdo las siguientes medidas:

1º.- Sin perjuicio de que la patria potestad del menor corresponde a ambos padres, la guarda y custodia se atribuye a la progenitora, D<sup>a</sup>. Delfina. Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del C. Civil. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del hijo deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto al hijo tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en el ámbito escolar, o en el sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo.

Los padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado.

De igual manera tienen derecho a obtener información médica de su hijo y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos solicite.

Analizada por Jaime Sanz

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con una menor puede producirse 2º.- Se establece el siguiente régimen de visitas del menor con su progenitor: Mientras el padre esté de baja médica Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que reintegrará al menor al Centro escolar.

Una tarde intersemanal: lo miércoles de 17,00 a 20,00 horas.

El padre deberá entregar y recoger al menor en el domicilio de la madre cuando no lo haga en el colegio o sea día festivo Cuando el padre reciba el alta médica En los dos días de descanso: desde las 17.30 horas del primer día hasta las 20,30 del segundo.

Durante el turno de mañana: desde las 17,30 horas del segundo día de dicho turno hasta la entrada al colegio del día siguiente si fuera lectivo y si no lo fuera hasta las 11 horas.

Si se produjera algún cambio por motivos laborales el padre avisará a D<sup>a</sup> Delfina con una antelación de 48 horas.

D. Felipe facilitará a la madre, en cuanto la Empresa le proporcione el calendario anual de trabajo.

El menor pasará con cada padre el día de su cumpleaños y el día de la Madre y del Padre si no son lectivos. Si lo fueran estará con cada uno de ellos a la salida del colegio dos horas.

El día del cumpleaños del menor si los padres no se ponen de acuerdo en la celebración le pasará con la madre en los años pares y los impares con el padre los impares Los periodos vacacionales a fin de su reparto serán los siguientes: VERA NO Primer periodo: Desde el ultimo día lectivo de junio a las 17,30 horas hasta el 1 de julio a las 11 horas - segundo periodo: desde el día 1 de julio a las 11,00 horas hasta el 15 de julio a las 21.00 horas.

- Tercer periodo: desde el 15 de Julio a las 21 horas hasta el día 31 de Julio a las 21.00 horas - cuarto periodo: desde el día 31 de Julio a las 21,00 horas al 15 de Agosto a las 21.00 horas.

- quinto periodo: desde el día 15 de Agosto a las 21,00 horas hasta al 31 de agosto a las 21,00 horas - Sexto periodo: desde el 31 de agosto a las 21,00 horas hasta el día anterior al comienzo del curso escolar a las 21.00 horas NAVIDAD - Primer periodo: desde el ultimo día lectivo a las 17.30 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20,30 horas.

- Segundo periodo: desde la finalización del anterior periodo hasta el día anterior de inicio de la actividad escolar a las 20,30 horas.

- El menor pasará con el progenitor con el que no le corresponda el último turno de vacación la tarde del día 6 de enero, desde las 17,30 a las 20,30 horas.

SEMANA SANTA Las vacaciones escolares las disfrutaran por mitad ambos padres.

La madre elegirá periodo vacacional los años pares y el padre los impares. En verano en periodos alternos.

Las entregas y recogidas en los periodos vacacionales se harán en el domicilio donde se encuentre el menor.

La elección de los periodos vacacionales se comunicará al otro progenitor con un mes de antelación.

3º.- Los progenitores podrán tener comunicación con su hijo cuando no esté en su compañía por teléfono o por cualquier medio telemático una vez al día en horario de 19,00 a 21,00 horas.

4º.- En concepto de pensión alimenticia a favor del hijo, D Felipe entregará a Dª Delfina la cantidad de 350 euros mensuales que será pagada dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año en la cuenta que ésta designe. Esta pensión se devengará desde la presentación de la demanda, descontando las pensiones que el padre haya pagado voluntariamente y será actualizada anualmente conforme al IPC.

Ambos progenitores abonarán los gastos extraordinarios del hijo. el padre en un 60% y la madre en un 40%, entendiendo por tales, los gastos sanitarios no cubiertos por seguro privado o seguridad social, tales como prótesis, gafas, odontólogo, medicina, vacunas y; educativos consistentes en clases de apoyo de asignaturas troncales recomendadas por el Centro escolar donde estudie la menor siempre que se acrediten suficientemente, o sean autorizados por el Juzgado. Debido al carácter variable en la producción y coste de este tipo de gasto, quien pretenda la vía judicial para su cumplimiento deberá acreditar la previa reclamación extrajudicial a la otra parte adjuntando justificación documental sobre concepto detallado, beneficiario, importe, fecha, persona o entidad que emite la factura o recibo, todo ello a fin de permitir el abono voluntario.

No se hace imposición de costas causadas." PARTE DISPOSITIVA "ACUERDO: Estimar la petición formulada por el procurador Sra. Gutierrez Iglesias en nombre y representación de Felipe de aclarar la Sentencia nº 172/22 de fecha 9 de mayo de 2022 , dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: Donde dice en el Fundamento de Derecho Cuarto: " D. Felipe , trabaja en la empresa de automóviles "Renault España S.A." como oficial de primera Jefe de Equipo percibiendo unos ingresos anuales según certificación de la Empresa de 2.752 euros mensuales.

Tiene dos hijos de un anterior matrimonio a los que paga una pensión alimenticia a cada uno de 250 euros actualizada a esta fecha, según sentencia de Divorcio de Mutuo Acuerdo de fecha 24 de setiembre de 2021."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por la representación procesal de la parte demandante se presentó escrito de oposición al recurso; el Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación parcial de la sentencia. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, tras la tramitación correspondiente, se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 19/04/2023, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

### PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO.

D. Felipe interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el proceso sobre Guarda, Custodia y Fijación de Alimentos respecto de hijo menor de edad no matrimonial que se ha seguido con el número 562/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid -aclarada por auto de 25 de mayo de 2022-, interesando tan solo la parcial revocación de dicha resolución, pues limita su impugnación al pronunciamiento por el que se **dispone una obligación alimenticia del hijo menor de**

**edad de ambos litigantes a cargo del ahora apelante de 350 € mensuales**, anualmente actualizable con arreglo al IPC, devengándose la misma desde la fecha de presentación de la demanda (30/6/2021) con descuento de las pensiones que D. Felipe hubiera abonado voluntariamente.

Con apoyo argumental en el error en la valoración y apreciación de la prueba en que se considera que incurre la Juzgadora de Instancia e infracción del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 146 del Código Civil cuestiona el apelante el importe de la pensión alimenticia establecida a su cargo, propugnando que la misma se reduzca a la cantidad de 260 € mensuales, así como que el descuento que de las pensiones abonadas voluntariamente determina la resolución dictada, se amplie a las que fueron satisfechas desde la ruptura de la relación de pareja (31 de agosto de 2021).

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia haciendo propios los razonamientos del recurso con respecto al cuestionamiento del importe de la pensión alimenticia, si bien interesa que la misma se fije, en coherencia con lo interesado en el acto del juicio, en la cantidad de 300 € mensuales.

#### SEGUNDO.- VALORACIÓN PROBATORIA DE LA JUEZ DE INSTANCIA. DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL.

Conforme viene indicando este mismo Tribunal de Apelación de forma continuada, reiterada y uniforme, la más adecuada solución del recurso de apelación interpuesto determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de toda la prueba que obra unida a las actuaciones y ha sido tenida en consideración por la Juez de Instancia, pues el carácter ordinario del recurso de apelación -que efectivamente lo es-, somete al Tribunal que del mismo entiende el total conocimiento de la controversia suscitada, si bien siempre dentro de los límites del objeto o contenido del recurso y con respeto a la obligada congruencia. Desde esta perspectiva cabe señalar sin embargo que, tal y como ya es criterio uniforme, reiterado y constante de esta misma Audiencia Provincial (Sección Primera) en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015, que aún a pesar de las amplias facultades revisoras de que goza el Tribunal "ad quem" solo será factible criticar la valoración que efectúe el Juzgador "a quo" de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia fuese ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica ( SSTS de 9 de marzo de 2010, 11 de noviembre de 2010); se hubiera incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); se extrajeren de la misma conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica ( SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o finalmente, si se adoptasen en ella criterios desorbitados o irracionales ( SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002).

Así las cosas, acontece de lo que consta actuado en el procedimiento que nos ocupa que la aplicación al supuesto enjuiciado del anterior criterio jurisprudencial sobre valoración de prueba ha de llevar necesariamente a este Tribunal de Apelación a la misma conclusión que la obtenida por la Juez de Instancia, cuyos acertados razonamientos expresamente se aceptan, asumen y hacen enteramente propios, dándoles íntegramente por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones, ya que lejos de incurrir la Juzgadora "a quo" en los errores de valoración o interpretación probatoria denunciados en el recurso, ni en



Analizada por Jaime Sanz

la infracción normativa o de criterio jurisprudencial invocados se lleva a cabo en la resolución recurrida un más que detallado y suficiente examen de la cuestión objeto de controversia que llevan a dicha Juzgadora a una conclusión que este Tribunal comparte plenamente, sin que pese al esfuerzo argumental de los recursos formulados puedan servir sus alegatos al pretendido efecto de sustituir el imparcial, lógico, recto y objetivo criterio de la Juez de Instancia por los invocados en ambos recursos.

En todo caso, y al solo objeto de agotar argumentalmente la cuestión debatida deben analizarse separadamente las dos cuestiones suscitadas en esta apelación.

### **I-. Cuantía de la pensión de alimentos a cargo de del sr. Felipe .**

Propugna en su recurso D. Felipe la reducción del importe de la pensión a su cargo (350 € mensuales) destinada a la satisfacción de las necesidades alimenticias de su hijo Segundo , nacido el NUM000 de 2017 (6 años de edad en el momento actual), a la cantidad de 260 € al mes.

Para ello y en apoyo de su pretensión aduce la existencia de dos hijos de anterior relación a los que ya abona una pensión que asciende -para ambos-, a 536,66 € mensuales, de tal forma que el mantenimiento de la pensión para su Segundo en el importe fijado en la instancia rebasaría el límite del 33% de sus ingresos que se dice establecido por este mismo Tribunal de Apelación.

Además, se alude por el apelante, por un lado, a la existencia de otros gastos que necesariamente soporta - alquiler vivienda, préstamos personales, consumos, gasolina-, y por otro, a que también se encuentra inmerso en un proceso de ejecución forzosa consecuencia de los gastos extraordinarios de sus otros dos hijos.

**El Ministerio Fiscal**, discrepando de la argumentación referida a los gastos que soporta D. Felipe por variados conceptos, considera que al objeto de aplicar el porcentaje que como referencia utiliza este Tribunal de Apelación procede la reducción del importe de la pensión alimenticia a la cantidad de 300 €.

### **Ninguno de los dos recursos interpuestos sobre la cuantía de la pensión alimenticia puede ser estimado.**

**Al respecto debe indicarse que el límite porcentual al que se refieren los aludidos recursos** -como bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal-, **en absoluto es un índice fijo, riguroso e inflexible, sino que sirve solo como mero criterio de referencia** sometido siempre a las características y condiciones que en cada específico supuesto concurran.

En todo caso, aún para el caso de que se partiese del referido límite (33% de los ingresos) y de los ingresos que la resolución recurrida asegura que percibe el sr. Felipe (2.752 € mensuales), pese a que la cifra que arrojan los documentos obrantes en autos revela unos ingresos ligeramente superiores a los indicados, **resulta que la suma de las pensiones que abona D. Felipe a sus otros dos hijos y la que impone la resolución recurrida no supera el referido límite porcentual**. Si como señala el apelante y recoge y asume la sentencia de instancia se abonan a cada hijo 268,33 € (536,66 €), la suma de esta partida

a los 350 € que señala la resolución recurrida da un total de 886,66 €, siendo así que dicha cifra no alcanza al 33% de los ingresos reconocidos (908,16 €).

Este razonamiento permite sin más desestimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal.

En cuanto al formulado por el sr. Felipe , cabe añadir al anterior razonamiento que resulta incuestionable el carácter preferencial de la obligación legal, consagrada en el artículo 39 de la Constitución Española, de atender la deuda alimenticia atinente al hijo menor de edad sobre otras obligaciones personales, crediticias o de cualquier otra índole asumidas voluntariamente por el ahora apelante, máxime cuando además no se acredita que específicamente se abonen por el apelante gastos de habitación de su hijo Segundo - inmersos también en el concepto amplio de alimentos del artículo 142 de nuestro Código Civil-, ni cabe comparar la pensión que ya se abona a los dos hijos que tiene de anterior relación con la que le corresponde satisfacer en este procedimiento, en el que curiosamente propugna una pensión inferior a la que ya paga a cada uno de sus otros dos hijos, toda vez que se desconocen las circunstancias en que tuvo lugar el procedimiento en el que aquéllos alimentos fueron establecidos y, además, es obvio que resulta diferente el gasto que conceptualmente cabe imputar a dos menores que comparten vivienda y manutención con los que suponen la existencia de un solo menor en el que fuera domicilio familiar.

Es por todo ello que este motivo de recurso debe ser desestimado.

## II-. Retroacción de la obligación de alimentos.

La sentencia dictada en la instancia dispone que la obligación de abono de alimentos debe retrotraerse al momento de presentación de la demanda, pues así lo dispone el artículo 148.1 del Código Civil, si bien se indica que se descontarán las pensiones que hubiera satisfecho voluntariamente el padre.

Esta decisión es también objeto de impugnación, pues si bien acepta el apelante que la obligación que le ha sido impuesta en sentencia produzca sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda, entiende que deberán descontarse todas las pensiones por él abonadas voluntariamente desde que se produce la ruptura de la pareja, haciendo especial énfasis en que en el mes de agosto de 2021 hizo un primer abono de 400 € que deberá ser tenido en consideración al tiempo de dichos descuentos.

El motivo no puede aceptarse.

**En primer lugar**, porque esta cuestión se suscita novedosamente solo al tiempo de interposición del recurso no habiendo sido planteada con anterioridad.

**En segundo lugar**, porque la razón de disponer el descuento de las cantidades abonadas voluntariamente desde la fecha de presentación de la demanda hasta la de la sentencia - que es lo que señala el artículo 148 del Código Civil-, tiene por objeto evitar el doble pago de sumas ya satisfechas que pudiera producirse al hacerse efectiva la retroactividad establecida legamente, **lo que no ocurre con las que, en su caso, se hubieran satisfecho**



**voluntariamente con anterioridad a la presentación de la demanda en cumplimiento** de la obligación legal que igualmente corresponde a los progenitores con respecto a sus hijos menores de edad.

**Y en tercer lugar** porque, en todo caso, el abono de la pensión de alimentos del mes de agosto al que se refiere el apelante en su recurso estaría ya incluida en el pronunciamiento efectuado por la Juez de Instancia puesto que, al margen de su efectiva admisión a trámite, la demanda consta presentada con fecha 30 de junio de 2021 y el propio sr. Felipe sitúa su salida del que fuera domicilio familiar y comienzo de la ruptura efectiva de su relación sentimental con la actora en el día 31 de agosto de 2021, esto es, después de presentada la demanda.

#### TERCERO.- COSTAS PROCESALES.

La desestimación del recurso interpuesto por el sr. Felipe determina que deban serle impuestas las costas procesales causadas por su recurso. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

Por el contrario, pese a desestimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, no se hace expresa condena en las costas causadas por dicha impugnación al no permitirlo el artículo 394.4 de la L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLO:

"ACUERDO: Estimar la petición formulada por el procurador Sra. Gutierrez Iglesias en nombre y representación de Felipe de aclarar la Sentencia nº 172/22 de fecha 9 de mayo de 2022 , dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: Donde dice en el Fundamento de Derecho Cuarto: " D. Felipe , trabaja en la empresa de automóviles "Renault España S.A." como oficial de primera Jefe de Equipo percibiendo unos ingresos anuales según certificación de la Empresa de 2.752 euros mensuales.

Tiene dos hijos de un anterior matrimonio a los que paga una pensión alimenticia a cada uno de 250 euros actualizada a esta fecha, según sentencia de Divorcio de Mutuo Acuerdo de fecha 24 de setiembre de 2021."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por la representación procesal de la parte demandante se presentó escrito de oposición al recurso; el Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación parcial de la sentencia. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, tras la tramitación correspondiente, se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 19/04/2023, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO.

D. Felipe interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el proceso sobre Guarda, Custodia y Fijación de Alimentos respecto de hijo menor de edad no matrimonial que se ha seguido con el número 562/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid -aclarada por auto de 25 de mayo de 2022-, interesando tan solo la parcial revocación de dicha resolución, pues limita su impugnación al pronunciamiento por el que se dispone una obligación alimenticia del hijo menor de edad de ambos litigantes a cargo del ahora apelante de 350 € mensuales, anualmente actualizable con arreglo al IPC, devengándose la misma desde la fecha de presentación de la demanda (30/6/2021) con descuento de las pensiones que D.

Felipe hubiera abonado voluntariamente.

Con apoyo argumental en el error en la valoración y apreciación de la prueba en que se considera que incurre la Juzgadora de Instancia e infracción del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 146 del Código Civil cuestiona el apelante el importe de la pensión alimenticia establecida a su cargo, propugnando que la misma se reduzca a la cantidad de 260 € mensuales, así como que el descuento que de las pensiones abonadas voluntariamente determina la resolución dictada, se amplíe a las que fueron satisfechas desde la ruptura de la relación de pareja (31 de agosto de 2021).

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia haciendo propios los razonamientos del recurso con respecto al cuestionamiento del importe de la pensión alimenticia, si bien interesa que la misma se fije, en coherencia con lo interesado en el acto del juicio, en la cantidad de 300 € mensuales.

#### SEGUNDO.- VALORACIÓN PROBATORIA DE LA JUEZ DE INSTANCIA. DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL.

Conforme viene indicando este mismo Tribunal de Apelación de forma continuada, reiterada y uniforme, la más adecuada solución del recurso de apelación interpuesto determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de toda la prueba que obra unida a las actuaciones y ha sido tenida en consideración por la Juez de Instancia, pues el carácter ordinario del recurso de apelación -que efectivamente lo es-, somete al Tribunal que del mismo entiende el total conocimiento de la controversia suscitada, si bien siempre dentro de los límites del objeto o contenido del recurso y con respeto a la obligada congruencia. Desde esta perspectiva cabe señalar sin embargo que, tal y como ya es criterio uniforme, reiterado y constante de esta misma Audiencia Provincial (Sección Primera) en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015, que aún a pesar de las amplias facultades revisoras de que goza el Tribunal "ad quem" solo será factible criticar la valoración que efectúe el Juzgador "a quo" de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia fuese ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica ( SSTS de 9 de marzo de 2010, 11 de noviembre de 2010); se hubiera incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); se extrajeren de la misma conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica ( SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o finalmente, si se adoptasen en ella criterios desorbitados o irracionales ( SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002).

Así las cosas, acontece de lo que consta actuado en el procedimiento que nos ocupa que la aplicación al supuesto enjuiciado del anterior criterio jurisprudencial sobre valoración de prueba ha de llevar necesariamente a este Tribunal de Apelación a la misma conclusión que la obtenida por la Juez de Instancia, cuyos acertados razonamientos expresamente se

aceptan, asumen y hacen enteramente propios, dándoles íntegramente por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones, ya que lejos de incurrir la Juzgadora "a quo" en los errores de valoración o interpretación probatoria denunciados en el recurso, ni en la infracción normativa o de criterio jurisprudencial invocados se lleva a cabo en la resolución recurrida un más que detallado y suficiente examen de la cuestión objeto de controversia que llevan a dicha Juzgadora a una conclusión que este Tribunal comparte plenamente, sin que pese al esfuerzo argumental de los recursos formulados puedan servir sus alegatos al pretendido efecto de sustituir el imparcial, lógico, recto y objetivo criterio de la Juez de Instancia por los invocados en ambos recursos.

En todo caso, y al solo objeto de agotar argumentalmente la cuestión debatida deben analizarse separadamente las dos cuestiones suscitadas en esta apelación.

I-. Cuantía de la pensión de alimentos a cargo de del sr. Felipe .

Propugna en su recurso D. Felipe la reducción del importe de la pensión a su cargo (350 € mensuales) destinada a la satisfacción de las necesidades alimenticias de su hijo Segundo , nacido el NUM000 de 2017 (6 años de edad en el momento actual), a la cantidad de 260 € al mes.

Para ello y en apoyo de su pretensión aduce la existencia de dos hijos de anterior relación a los que ya abona una pensión que asciende -para ambos-, a 536,66 € mensuales, de tal forma que el mantenimiento de la pensión para su Segundo en el importe fijado en la instancia rebasaría el límite del 33% de sus ingresos que se dice establecido por este mismo Tribunal de Apelación.

Además, se alude por el apelante, por un lado, a la existencia de otros gastos que necesariamente soporta - alquiler vivienda, préstamos personales, consumos, gasolina-, y por otro, a que también se encuentra inmerso en un proceso de ejecución forzosa consecuencia de los gastos extraordinarios de sus otros dos hijos.

El Ministerio Fiscal, discrepando de la argumentación referida a los gastos que soporta D. Felipe por variados conceptos, considera que al objeto de aplicar el porcentaje que como referencia utiliza este Tribunal de Apelación procede la reducción del importe de la pensión alimenticia a la cantidad de 300 €.

Ninguno de los dos recursos interpuestos sobre la cuantía de la pensión alimenticia puede ser estimado. Al respecto debe indicarse que el límite porcentual al que se refieren los aludidos recursos -como bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal-, en absoluto es un índice fijo, riguroso e inflexible, sino que sirve solo como mero criterio de referencia sometido siempre a las características y condiciones que en cada específico supuesto concurren. En todo caso, aún para el caso de que se partiese del referido límite (33% de los ingresos) y de los ingresos que la resolución recurrida asegura que percibe el sr. Felipe (2.752 € mensuales), pese a que la cifra que arrojan los documentos obrantes en autos revela unos ingresos ligeramente superiores a los indicados, resulta que la suma de las pensiones que abona D. Felipe a sus otros dos hijos y la que impone la resolución recurrida no supera el referido límite porcentual. Si como señala el apelante y recoge y asume la sentencia de instancia se abonan a cada hijo 268,33 € (536,66 €), la suma de esta partida a los 350 € que señala la resolución recurrida da un total de 886,66 €, siendo así que dicha cifra no alcanza al 33% de los ingresos reconocidos (908,16 €).

Este razonamiento permite sin más desestimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal.

En cuanto al formulado por el sr. Felipe , cabe añadir al anterior razonamiento que resulta incuestionable el carácter preferencial de la obligación legal, consagrada en el artículo 39 de la Constitución Española, de atender la deuda alimenticia atinente al hijo menor de

edad sobre otras obligaciones personales, crediticias o de cualquier otra índole asumidas voluntariamente por el ahora apelante, máxime cuando además no se acredita que específicamente se abonen por el apelante gastos de habitación de su hijo Segundo - inmersos también en el concepto amplio de alimentos del artículo 142 de nuestro Código Civil-, ni cabe comparar la pensión que ya se abona a los dos hijos que tiene de anterior relación con la que le corresponde satisfacer en este procedimiento, en el que curiosamente propugna una pensión inferior a la que ya paga a cada uno de sus otros dos hijos, toda vez que se desconocen las circunstancias en que tuvo lugar el procedimiento en el que aquéllos alimentos fueron establecidos y, además, es obvio que resulta diferente el gasto que conceptualmente cabe imputar a dos menores que comparten vivienda y manutención con los que suponen la existencia de un solo menor en el que fuera domicilio familiar.

Es por todo ello que este motivo de recurso debe ser desestimado.

#### II-. Retroacción de la obligación de alimentos.

La sentencia dictada en la instancia dispone que la obligación de abono de alimentos debe retrotraerse al momento de presentación de la demanda, pues así lo dispone el artículo 148.1 del Código Civil, si bien se indica que se descontarán las pensiones que hubiera satisfecho voluntariamente el padre.

Esta decisión es también objeto de impugnación, pues si bien acepta el apelante que la obligación que le ha sido impuesta en sentencia produzca sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda, entiende que deberán descontarse todas las pensiones por él abonadas voluntariamente desde que se produce la ruptura de la pareja, haciendo especial énfasis en que en el mes de agosto de 2021 hizo un primer abono de 400 € que deberá ser tenido en consideración al tiempo de dichos descuentos.

El motivo no puede aceptarse. En primer lugar, porque esta cuestión se suscita novedosamente solo al tiempo de interposición del recurso no habiendo sido planteada con anterioridad.

En segundo lugar, porque la razón de disponer el descuento de las cantidades abonadas voluntariamente desde la fecha de presentación de la demanda hasta la de la sentencia - que es lo que señala el artículo 148 del Código Civil-, tiene por objeto evitar el doble pago de sumas ya satisfechas que pudiera producirse al hacerse efectiva la retroactividad establecida legamente, lo que no ocurre con las que, en su caso, se hubieran satisfecho voluntariamente con anterioridad a la presentación de la demanda en cumplimiento de la obligación legal que igualmente corresponde a los progenitores con respecto a sus hijos menores de edad.

Y en tercer lugar porque, en todo caso, el abono de la pensión de alimentos del mes de agosto al que se refiere el apelante en su recurso estaría ya incluida en el pronunciamiento efectuado por la Juez de Instancia puesto que, al margen de su efectiva admisión a trámite, la demanda consta presentada con fecha 30 de junio de 2021 y el propio sr. Felipe sitúa su salida del que fuera domicilio familiar y comienzo de la ruptura efectiva de su relación sentimental con la actora en el día 31 de agosto de 2021, esto es, después de presentada la demanda.

#### TERCERO.- COSTAS PROCESALES.

La desestimación del recurso interpuesto por el sr. Felipe determina que deban serle imputadas las costas procesales causadas por su recurso. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

Por el contrario, pese a desestimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, no se hace expresa condena en las costas causadas por dicha impugnación al no permitirlo el artículo 394.4 de la L.E.C.

Analizada por Jaime Sanz

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, F A L L A M O S Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por D. Felipe y el Ministerio Fiscal contra la sentencia que ha sido dictada con fecha 9 de mayo de 2022 en el proceso sobre Guarda, Custodia y Fijación de Alimentos respecto de hijo menor de edad no matrimonial que se ha seguido con el número 562/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid -aclarada por auto de 25 de mayo de 2022-, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, imponiendo al Sr. Felipe las costas procesales causadas por su recurso, no haciendo pronunciamiento de condena en las generadas por el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

La confirmación de la resolución de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que se dará el destino legal. ( D. A. 15ª de la L.O.P.J. según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre).

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.