



Roj: **SAP S 1/2020 - ECLI: ES:APS:2020:1**

Id Cendoj: **39075370022020100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **13/01/2020**

Nº de Recurso: **805/2019**

Nº de Resolución: **24/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ARSUAGA CORTAZAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2**

Avda Pedro San Martin S/N Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000805/2019**

NIG: 3907548120180014124

Resolución: Sentencia 000024/2020

Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos **menores** no matrimoniales no consensuados 0000065/2018 - 00 JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 de Santander

Intervención: Interviniente: Procurador:

Apelante: Ismael ; Procurador: MARÍA CRUZ NISTAL HERRERA

Apelante: Alicia ; Procurador: BLANCA CALVO BOCANEGRA

### **S E N T E N C I A Nº 000024/2020**

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar. Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.

En la Ciudad de Santander, a trece de enero de dos mil veinte.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Familia núm. 65 de 2018, Rollo de Sala núm. 805 de 2019, procedentes del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer Nº 1 de Santander, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Alicia contra D. Ismael . Con la intervención del Ministerio Fiscal.

En esta segunda instancia han sido parte apelante- apelada; D<sup>a</sup> Alicia , representada por la Procuradora Sra. Blanca Calvo Bocanegra y defendida por la Letrada Sra. Begoña Martín Pradera; y D. Ismael , representado por la Procuradora Sra. María Nistal Herrera y defendido por el Letrado Sr. José Luis Rábago Agüero. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer N° 1 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 7 de junio de 2019 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

**"FALLO: "** *Se establece el siguiente régimen de guarda y custodia respecto de la menor Estela :*

1) Patria Potestad será compartida por ambos progenitores, Ismael y Alicia .

2) La Guarda y custodia se atribuye a la madre.

3) *Régimen de visitas:*

*Durante los primeros meses hasta que comience el curso escolar en Septiembre de 2019, la menor estará dos tardes con el padre semanas alternas, coincidentes con los días que libra el padre, miércoles y jueves, sin pernocta, desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas en periodo estival sin horario escolar.*

*A partir de septiembre de 2019, cuando comience el curso escolar, se establece el régimen de visitas de fines de semana alternos con pernocta con el padre, desde la salida el colegio, o en su defecto desde las 17:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo.*

*Las entregas de la menor (que no se deban hacer en centro escolar) mientras dure la orden de alejamiento del ámbito penal, se realizaran en el punto de encuentro más cercano al domicilio de la madre y tras su cese definitivo deberá hacerse en el domicilio de la madre ya bien sea por el padre o por una persona de confianza del padre. Las recogidas que se hagan a lasalida del colegio, se harán por el padre o persona de confianza de este.*

*Hasta que la menor cumpla la edad de cinco años el régimen de vacaciones tanto estivales y de navidad se mantendrá conforme a lo dispuesto para dicha edad.*

*Las vacaciones de navidad y estivales cuando la menor tenga cinco años: pasará en las estivales una semana con su padre cada mes de vacaciones, que deberá elegir el padre comunicándoselo a la madre con quince días al menos de antelación. En el periodo de navidad se distribuirá por mitad con cada progenitor, eligiendo el periodo en caso de desacuerdo a favor del padre el periodo, siempre que se lo comunique a la madre con un mes al menos de antelación, de forma fehaciente por escrito (cualquier medio que permita tener constancia de ello) en caso de no hacerlo, el derecho de elección pasará a la madre.*

*Cuando la menor cumpla la edad de seis años, el régimen de visitas ordinario será ampliado a una tarde a la semana (entresemana) que coincidirá con la libranza del padre (miércoles o jueves) en caso de desacuerdo entre ambos será el miércoles, desde la salida del colegio hasta 20:30 horas de la tarde siempre acomodándose el padre a las actividades que pudiera realizar la menor en estas tardes. Recogida en el colegio, entrega en el domicilio de la madre (salvo que estén en vigor medidas penales que deberá hacerse en punto de encuentro).*

*A partir de dicha edad el periodo de las vacaciones se establecerán por mitad, si bien los años pares elegirá los periodos la madre, y los impares el padre, debiendo comunicarse al menos con quince días de antelación al comienzo de las vacaciones escolares los periodos elegidos por cualquier medio que permita tener constancia de su envió al otro. En caso de no ejercitar su derecho de elección, pasara el mismo al otro progenitor.*

4) *Pensión de alimentos: Se establece una pensión a cargo del padre de 175 euros mensuales que serán abonados enla cuenta corriente que a tal efecto designe la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes, revalorizarles (en aumento siempre) según lo determine el IPC o cualquier organismo que lo pueda sustituir.*

*En cuanto a los gastos de extraordinaria naturaleza, serán abonados por mitad por cada progenitor.*

*No se hace expresa condena en costas" .*

**SEGUNDO:** Contra dicha Sentencia, por la representación de ambas partes; demandante y demandada, se interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso e impugnó la resolución, por cuyo motivo se dio traslado a las demás partes y se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

**TERCERO:** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

**PRIMERO: Resumen de antecedentes.**

**Planteamiento del recurso.**

1. La sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santander de NUM000 de 2019 estableció las medidas que afectan a las relaciones paterno-filiales de la hija común Estela, nacida el NUM001 de 2015, de la unión no matrimonial entre D. Ismael y D<sup>a</sup> Alicia. En esencia, la sentencia establece el ejercicio de la patria potestad conjunta, la guardia y custodia de la madre, un régimen de comunicación con el padre con contactos progresivos iniciales y normalidad posterior -ampliando la comunicación cuando la **menor** cumpla seis años- y la obligación de abonar en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 175 euros mensuales y la mitad de los gastos extraordinarios.

2. D<sup>a</sup> Alicia formula recurso de apelación contra la sentencia del juzgado y denuncia el error de la juez de instancia en la valoración de la prueba y en las conclusiones jurídicas alcanzadas, que concreta en las siguientes peticiones ( i ) la necesidad de fijar unas medidas de control de la comunicación paterna, que relaciona de forma exhaustiva en las páginas 6 a 8 del recurso, incluida la indelegabilidad de los progenitores en las entregas y recogidas de la **menor**; ( ii ) la prohibición de utilización de la imagen de la **menor** sin el previo consentimiento del otro progenitor; ( iii ) el establecimiento de un régimen de comunicación de la **menor** con los abuelos o los tíos; ( iv ) el aumento de la pensión alimenticia establecida a la cantidad inicialmente interesada en la demanda de 250 euros.

3. D. Ismael formuló expresa oposición al recurso que combina, sin la debida separación, con la impugnación de la sentencia para propugnar ( i ) la guardia y custodia compartida; ( ii ) subsidiariamente, la fijación definitiva de un régimen ordinario de visitas con fines de semana alternos y mitad de las vacaciones.

4. El Ministerio Fiscal formuló alegaciones al recurso presentado solicitando su estimación parcial exclusivamente en lo que importa al primer periodo de comunicación del padre con la hija fijado en la sentencia, interesando la oportunidad de una supervisión inicial.

5. La parte actora formuló oposición a la impugnación interesando su desestimación.

**SEGUNDO: La guarda y custodia compartida.**

1. La Sala no es ajena a la jurisprudencia del TS y por ello hemos sostenido -sentencias de 16 de febrero y 17 de julio de 2015, 7 de enero y 12 de febrero de 2018, entre otras- que

*<< Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala (SSTS 29 de abril de 2013, 25 de abril de 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Ha supuesto un cambio sustancial de visión sobre la guarda y custodia compartida la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas (STC 185/2012, de 17 de octubre) >>.*

2. El *<< favor filii >>* será el único interés relevante en la decisión, como nos recuerda la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a través de su triple dimensión: ( i ) como derecho sustantivo, en el sentido de que el **menor** tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; ( ii ) como principio general interpretativo, pues si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del **menor**; ( iii ) como norma de procedimiento

3. En tal sentido, se insiste en que ( SSTS de 25 de abril, 22 de octubre, 30 de octubre, 18 de noviembre de 2014 y 16 de febrero de 2015, entre otras)

*<<La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los **menores** que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los **menores** que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el **menor** y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los **menores** competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan*



en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los **menores** una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven>>.

4. No puede olvidarse que como presupuesto para la adopción de la medida exige la jurisprudencia ( por todas, las sentencias cercanas del TS de 16 y 21 de septiembre de 2016 ) que la adopción del sistema de custodia compartida no exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del **menor**, así como unas habilidades para el diálogo que permita mantener conservaciones respetuosas y fluidas en beneficio del **menor**. La existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican "per se", que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante al **menor**, causándole un perjuicio ( STS 433/2016, de 27 de junio). En cualquier caso, para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial ( SSTS de 16 de octubre de 2014, Rc. 683/2013, 433/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio, 296/2017, de 12 de mayo y 242/2018, de 24 de abril.

5. Indican las SSTS de 27 de junio de 2016 y 17 de marzo de 2016, que la estabilidad que tiene el **menor** en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.

6. Las sentencias 638/2016, de 26 de octubre -o la 722/2016, de 5 de diciembre o 280/2017, de 9 de mayo- consideran que, para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del **menor** que los propios progenitores).

7. Debe exigirse, para acordar el régimen de custodia compartida, la petición al menos de uno de los progenitores ( SSTS 19 de abril de 2012, Rc. 1089/2010, 9 de marzo de 2016, Rc. 1849/2014, 400/2016, de 15 de junio y 389/2017, de 20 de junio).

8. Si el régimen de custodia compartida supone beneficios para el **menor**, también conlleva o implica dificultades, generalmente relacionadas con la necesidad de cambio de domicilio en períodos cortos de tiempo. La jurisprudencia se manifiesta a favor de evitar que el régimen conlleve notables desplazamientos hasta el lugar de escolarización durante el tiempo en que el **menor** reside en alguno de los domicilios de dichos progenitores ( SSTS 748/2016, de 21 diciembre y 370/2017, de 9 de junio).

#### **TERCERO: Resolución del recurso de apelación en relación con la custodia compartida.**

1. Valorada la prueba practicada, bajo la plena jurisdicción de este tribunal, el recurso interpuesto por el progenitor destinado a que se reconozca la guarda y custodia compartida va a ser desestimado. Concuera claramente el parecer de la Sala con el sostenido por la juez de instancia.

2. Por ello, existen cinco obstáculos serios para que el régimen solicitado pueda ser reconocido: ( i ) en primer lugar, porque su solicitud en la impugnación a la sentencia parece que atiende más a contrariedad del padre por la dificultad que durante por lo menos el verano ha existido que a un verdadera plan parental que permita conocer cómo va a organizar un periodo compartido de un mes como el que solicita, lo que brilla ciertamente por su ausencia; ( ii ) la permanente conflictividad en la relación entre los progenitores que inevitablemente produce, como ha producido, una verdadera dificultad para el cumplimiento de la sentencia; ( iii ) la cercanía de la sentencia firme de condena dictada por la Audiencia Provincial con fecha 24 de mayo de 2019 por dos delitos de violencia de género ( maltrato físico ) a las penas, entre otras, de prohibición de aproximación a Alicia y a su domicilio a una distancia inferior a 300 metros así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 1 año, 9 meses y 1 día; ( iv ) la residencia del padre en DIRECCION000 y de la madre en Santander, pues al estar escolarizada en Santander sus continuos desplazamientos perjudicarían su beneficio e interés; y ( v ) el propio contenido del dictamen psicológico emitido por el psicólogo adscrito al DIRECCION001 de Cantabria.

#### **CUARTO: Resolución del recurso de apelación e impugnación en relación con la comunicación del padre y la hija .**

1. La sentencia de instancia impone un régimen ciertamente progresivo que tiene en cuenta la incomunicación habida entre el padre y la hija desde mediados del año 2018 y que se desarrolla en varias fases: una inicial, entre junio, julio y agosto, con comunicación dos tardes en semanas alternas; una posterior, a partir del comienzo



del curso escolar en septiembre de 2019, en régimen de fin de semana alterno con pernocta; otro posterior a partir de los cinco años, en que se prolongará el periodo de estancia con su padre en las vacaciones y otro, en fin, cuando cumpla seis años, en que la comunicación ordinaria se ampliará a un tarde entresemana y la mitad de las vacaciones.

2. El padre interesa en su recurso el establecimiento sin progresión de un régimen ordinario de fines de semana alternos con pernocta y la mitad de las vacaciones, mientras que la madre pide la adopción de medidas de supervisión y control que relaciona exhaustivamente en el recurso, como antes en la demanda.

3. Debemos de recordar que por estar afectado el interés de la **menor** en cuanto se trata de definir la medida que en cada instante resulte de mayor interés para su evolución, quiebran los principio dispositivo y de congruencia, de un lado, y el de aportación de parte en materia probatoria, del otro, pues de acuerdo al art. 752 LEC el tribunal deberá resolver, en cualquier de sus instancias, con arreglo a los hechos objeto de debate que resulten probados, *con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos en el procedimiento*, y sin perjuicio de las pruebas de oficio que pueda acordar al efecto.

4. En la determinación, además, de las medidas apropiadas cobra un especial valor el informe o dictamen del psicólogo adscrito al Instituto de Medicina Legal de Santander, de carácter público, ajeno a las partes y que enmarca su actuación profesional en el ámbito de la prueba de dictamen de peritos, pues de acuerdo al art. 335 LEC es evidente su utilidad cuando aporta conocimientos científicos, técnicos o prácticos para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, sin perjuicio de la sujeción, en su valoración, a las reglas de la sana crítica. Y debemos de afirmar ya que la juez se ajusta esencialmente al régimen propuesto en el dictamen.

5. El primer periodo dispuesto por la sentencia pudiera ciertamente haber conllevado que los contactos fuera supervisados, dado el tiempo previamente transcurrido sin comunicación entre padre e hijo; sin embargo, parece que por el cambio de trabajo del padre y la oposición de la madre fue inviable cumplir con el horario establecido ( 16 a 20 horas ) y adaptarse a otro, como bien se informa el 28 de agosto de 2019 por el ICASS a partir del informe del PEF tras el dictado de la sentencia.

6. Sin embargo, esta circunstancia no ha supuesto la incomunicación entre padre e hijo, pues parece que se ha superado los inconvenientes iniciales cumpliendo las partes con la segunda fase prevista de comunicación, la prevista para el inicio del curso escolar en septiembre. Así se deduce del propio escrito presentado por la representación procesal de la madre de fecha 6 de septiembre de 2019 y, especialmente, del presentado con fecha 19 de septiembre, a lo que se añade que en el escrito de oposición a la impugnación la recurrente alega que el régimen de visitas establecido en la sentencia debe cumplirse " y así se está haciendo (...)". No se conocen mayores dificultades para cumplir con el segundo periodo previsto de comunicación en el régimen progresivo diseñado por la juez de instancia, que debemos ahora confirmar por no contrariar el interés de la **menor** y por tratar de adecuarse a las dificultades derivadas de la falta de contacto en tiempo entre padre e hijo y las circunstancias del padre derivadas del cumplimiento de la sentencia penal.

En consecuencia, se desestima la impugnación del recurrido, manteniendo el régimen de comunicación dispuesto en la sentencia, una vez que se ha superado ya el primer periodo de reanudación de la comunicación.

7. La madre, en su recurso, pretende introducir una serie de medidas iniciales relativas a la forma de realizarse la concreta comunicación ( apartados 1.- a 3.- ) y unos deberes de atención ( incorporados en el apartado 4.- ).

Ninguna de las tres medidas iniciales pueden ser atendidas, dado que se ha superado el periodo inicial de contacto mediante el comienzo de las pernoctas del segundo periodo que, como ya se ha afirmado, no parece en su desarrollo contrario al interés del **menor**, sin que tampoco haya de modificarse que el periodo de entrega y recogida de la **menor** en el PEF se mantenga durante el periodo exclusivo de cumplimiento de las penas de prohibición de comunicación y alejamiento impuestas al padre, pues resulta necesario que la normalización se vaya imponiendo de forma progresiva.

Tampoco pueden acogerse lo que la madre denomina "especiales deberes de atención", que no tienen apoyo en ninguna prueba practicada y menos en la realizada por el Instituto de Medicina Legal y que supondrían una limitación no proporcionada ni justifica en el ejercicio de la patria potestad del padre y sus derechos y deberes correlativos dispuestos por el art. 154 y siguientes del Código Civil cuando, al contrario, el dictamen pericial ha indicado la oportunidad de una comunicación destinada a crear un apego normalizado evitando con ello consecuencias indeseables para su desarrollo emocional.

8. La pretensión de la madre, incorporada en el escrito del recurso, de que se fije un régimen de comunicación con sus abuelos y sus tíos, más allá del contacto que con normalidad tendrán con la **menor** durante el periodo de ejercicio ordinario de la custodia materna, carece de justificación suficiente. El art. 160 CC es indicativo del régimen ordinario cuando expresa que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del **menor** con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados; pero de aquí no ha de seguirse que



haya de determinarse un régimen de contacto y comunicación específico cuando no conste obstáculo para la comunicación, ni la voluntad de los parientes y allegados, ni la presencia, en su caso, de alguna justa causa que impidiera su correcto ejercicio.

9. Pretende, en fin, la madre de que se prohíba la utilización de la imagen de la **menor** sin el previo consentimiento de ambos progenitores. Ciertamente, se aportan con el recurso - prueba documental admitida, folios 202 y 203- dos capturas de la imagen de la **menor** en una red social sin que conste si la difusión es o no general y pública.

En cualquier caso, y a falta de más datos, debemos de recordar que el Tribunal Supremo, en relación con la imagen de los **menores**, indicó en su sentencia de 30 de junio de 2015,

*« La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución , que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión y que en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico ( SSTS de 19 de noviembre de 2008 ; 17 de diciembre 2013 ; 27 de enero 2014 , entre otras). Es, en definitiva, la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención.»*

Por consiguiente, no es discutible, de un lado, que el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación ( SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009); y que, del otro, la incorporación de la fotografía de un **menor**, en tanto que sea una persona física identificable, supone difundir un dato de carácter personal, según la definición incorporada en el art. 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Por ello, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), impone en su art. 8 las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, que parte de su propia autorización cuando tenga como mínimo 16 años. De manera que si es **menor** el tratamiento solo se considerará lícito

*<< si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó>>*

El consentimiento otorgado por su legal representante ( arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), implica que deba ser otorgado por quienes son titulares de su patria potestad ( art. 154 CC).

El art. 156 CC establece que

*<< La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre>>*

En consecuencia, en el futuro ambos padres titulares de la patria potestad deberán consentir la utilización de la imagen de la **menor**, y si no fuera posible obtenerla por existir controversia, el progenitor interesado deberá acudir al juez para, en su caso, obtener la debida autorización.

Y no se olvide, en fin, que el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tras indicar que el consentimiento de los **menores** e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, recuerda en su apartado 2 que

*<< En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.>>*



Previsión, en fin, que tiene su correspondencia procesal en los arts. 59 y 60 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para los supuestos en que el Ministerio Fiscal se oponga al consentimiento otorgado a la intromisión legítima autorizada por quienes sean los legales representantes del **menor**.

10. La madre, en fin, recurre la decisión de fijar en 175 euros la pensión alimenticia del padre, interesando su aumento a la cantidad de 250 euros.

El motivo del recurso se estima parcialmente.

Los datos de hecho reconocidos por la sentencia no han sido discutidos por las partes y no existen otros en los autos que permitan considerar que son incorrectos.

En consecuencia, el padre tiene unos ingresos de aproximadamente 1.000 euros y vive en DIRECCION000 sin que conste con claridad si paga alquiler.

La madre tiene unos ingresos líquidos de aproximadamente 1.150 euros, justifica el pago mensual del comedor de su hija de alrededor de 25 euros, 20 euros de patinaje y 30 por el servicio de "madrugadores" y justifica, en una ocasión, un pago por gastos "generados en la vivienda" desde enero de 2012 ( pago realizado el 1 de agosto de 2018 ) de 225 euros.

La Sala, en consecuencia, entiende que el esfuerzo del padre debe ser mayor hasta llegar a los 225 euros mensuales.

#### **QUINTO: Costas procesales.**

La especial naturaleza de la materia objeto de resolución, hace inviable la imposición de las costas procesales de esta alzada, de acuerdo a los arts. arts. 394 y 398 de la LEC, manteniendo la decisión de no imponer las costas procesales de la sentencia de primera instancia.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

#### **FALLAMOS**

1º.- Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Alicia y desestimamos la impugnación a la sentencia presentada por D. Ismael , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santander de 7 de junio de 2019.

2º.- En consecuencia, a) se eleva, con efectos desde la presente resolución, la pensión alimenticia que debe abonar el padre a la cantidad de 225 euros mensuales, manteniendo la forma de pago, periodo y actualización dispuesta en la sentencia de primera instancia; y b) se acuerda que la difusión pública de la imagen de la **menor** en redes sociales sea autorizada por ambos padres titulares de la patria potestad, o por el juez en la situación prevista en el art. 156 CC, sin perjuicio de comunicar la decisión común de los progenitores al Ministerio Fiscal, en el caso de intromisión legítima.

3º.- Se desestiman el resto de las pretensiones contenidas en el recurso o en la impugnación, manteniendo en lo demás las medidas acordadas en el fallo de la sentencia de primera instancia.

4º.- No se imponen las costas procesales del recurso de apelación ni se varía el régimen de no imposición de la primera instancia.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

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