

## EL NASCITURUS: LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS PROGRESIVO.

CALIFICACIÓN: 9

**JUSTIFICACIÓN:** El presente trabajo de fin de máster es el fruto de un cuidado estudio de la materia abordada, y evidencia que el alumno ha tenido la capacidad de determinar cuáles son los aspectos jurídicos más controvertidos de una problemática cada día más frecuente. Mediante el análisis de la normativa aplicable, la jurisprudencia al respecto, tanto de las Audiencias Provinciales como del nuestro Tribunal Supremo, y artículos doctrinales, se ha llegado a unas conclusiones claras y concisas, propias de un jurista.

La estructura del mismo es coherente, desglosando los conceptos analizados de manera gradual para ir centrándose desde los aspectos más generales a los más particulares, con un lenguaje claro y correcto.

La base del trabajo ha sido el abordaje de un supuesto práctico real, y las conclusiones que se obtienen son las respuestas que se ofrecerán al cliente en relación con el caso que planteaba, lo cual pone de manifiesto que el alumno es capaz de aplicar sus conocimientos teóricos y el fruto de su investigación con la práctica real de la profesión.

Por todo ello considero que su puntuación es de SOBRESALIENTE (9)

**NOMBRE**  
**GONZALEZ**  
**ESPINO SILVIA** -  
**NIF 43771271V**

Firmado digitalmente  
por NOMBRE  
GONZALEZ ESPINO  
SILVIA - NIF 43771271V  
Fecha: 2019.01.23  
21:08:36 Z



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



## **Máster de Acceso a la Abogacía**

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife. Escuela de Práctica Jurídica

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria de enero

# **EL NASCITURUS: LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS PROGRESIVO.**

**Adrián Huerta Espinosa**

**Tutora: Doña Silvia González Espino**

Derecho civil



## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio sobre la guarda y custodia compartida en menores de corta edad, así como todas las posibles opciones a las que pueden acceder los padres en situaciones en las que el niño sea un “nasciturus”.

Por otro lado, a lo largo de este trabajo se estudiará la jurisprudencia existente en la materia, así como la doctrina y se irá apreciando los avances que han surgido en los tribunales de nuestro país dando como resultado en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo.

Como fin este trabajo tiene dar una respuesta a un supuesto práctico a través de todo este estudio.

## **ABSTRACT**

The objective of this work is to study the shared custody of minors, as well as all the possible options that parents can access in situations in which the child is a "nasciturus".

On the other hand, throughout this work will study the existing jurisprudence in the matter, as well as the doctrine, and will be appreciating the advances that have arisen in the courts of our country giving a result in the jurisprudence of the Provincial Hearings and the Supreme Court.

As an end this work has to give an answer to a practical assumption with all the study done.

## ÍNDICE

1. Introducción: Objeto del informe .....	1
2. Situación de hecho .....	3
3. Medidas reguladoras en relación a un hijo concebido y no nacido .....	5
3.1. <i>El nasciturus</i> .....	5
3.1. <i>¿Cabe la posibilidad de establecer medidas reguladoras respecto a un hijo concebido y no nacido?</i> .....	6
4. Solicitud de la guarda y custodia compartida del hijo recién nacido .....	11
4.1. <i>Regulación de la guarda y custodia</i> .....	11
4.2. <i>¿Cabe la posibilidad de solicitar y conceder la guarda y custodia compartida de un hijo recién nacido?</i> .....	14
4.3. <i>¿Se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia?</i> .....	18
4.4. <i>¿Podría en los primeros meses de vida establecerse un régimen de visitas progresivo?</i> .....	21
4.5. <i>¿Podría solicitarse la pernocta con el recién nacido?</i> .....	24
5. Conclusiones y Tabla de Normas .....	28
6. Bibliografía .....	31
7. Anexos .....	32
<i>Anexo 1. Sentencia nº 62/2000 de AP Pontevedra, 29 de febrero de 2000</i> .....	32
<i>Anexo 2. Sentencia nº 61/2003 de AP Toledo, Sección 1ª, 20 de febrero de 2003</i> .....	36
<i>Anexo 3. Sentencia nº 346/2005 de AP Alicante, Sección 4ª, 27 de Octubre de 2005</i> .....	39



<i>Anexo 4. Sentencia nº 315/2003 de AP Toledo, Sección 2ª, 31 de Julio de 2003.....</i>	<i>42</i>
<i>Anexo 5. Sentencia nº 223/2006 de AP Barcelona, Sección 12ª, 30 de marzo de 2006 .....</i>	<i>45</i>
<i>Anexo 6. Sentencia nº 553/2016 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 20 de septiembre de 2016 .....</i>	<i>50</i>
<i>Anexo 7. Sentencia nº 59/2016 de AP Córdoba, Sección 1ª, de 8 de febrero de 2016 .....</i>	<i>59</i>
<i>Anexo 8. Sentencia nº 571/2015 de TS, Sección 1ª, de lo Civil, 14 de octubre de 2015 .....</i>	<i>72</i>
<i>Anexo 9. Sentencia nº 440/2012 de AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 22 de octubre de 2012 .....</i>	<i>88</i>
<i>Anexo 10. Sentencia nº 839/2015 de Juzgado de Primera Instancia nº tres de Granada, de 3 de diciembre de 2015 .....</i>	<i>96</i>

## 1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL INFORME

El presente trabajo de fin de Máster tiene como fin un análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial en forma de supuesto práctico sobre las posibles medidas a establecer y la solicitud de guarda y custodia de un hijo concebido aún no nacido.

Uno de los fines de este estudio es dar respuesta a la consulta formulada por nuestro cliente Don Sebastián Martín Díaz, quien nos plantea una situación jurídica que pretende resolver con nuestra ayuda. Con una visión lo más objetiva posible se analizará, de acuerdo a la situación de hecho de la que partimos, las circunstancias personales de las partes y la situación en la que se encuentran actualmente.

Posteriormente y tras el análisis de la situación de hecho, se resolverán una serie de cuestiones jurídicas que se suscitan y a las que haremos frente para dar una respuesta satisfactoria a nuestro cliente. En el caso que nos ocupa, estas cuestiones giran en torno a la viabilidad de la guarda y custodia compartida sobre un niño que aún no ha nacido y por tanto no se ha permitido demostrar la idoneidad del progenitor para ésta, así como el planteamiento de las cuestiones procesales y su exposición en el tiempo.

Este estudio, para resolver las cuestiones suscitadas, está elaborado de acuerdo a un método práctico e inductivo realizado a través de distintas fuentes: jurisprudenciales, con distintas sentencias que abordan la materia objeto; doctrinales, con seguimiento de distintos manuales; legislativas y documentales, a través de normas que recogen la materia abordada y documentos que hablan sobre ésta.

Los principales problemas que surgen respecto al planteamiento de nuestro cliente se refieren a la situación ante la cual las dudas se plantean, ya que todo gira en torno a un niño concebido, pero aún no nacido y cuyos padres están ante una situación no definida por nuestras leyes, ya que se trata de una mera relación de noviazgo, sin apenas convivencia.

Los modelos que se han seguido tradicionalmente, parejas de hombre y mujer que tras el matrimonio acuerdan tener hijos, han ido cambiando poco a poco a lo largo de los años. Hemos pasado de estructuras totalmente tradicionales a, paulatinamente, poder ver situaciones que en muchas ocasiones nos generan dudas. Ya no es algo infrecuente

encontrar parejas no casadas con hijos, e incluso, personas que sin convivencia y estabilidad como pareja tienen hijos y plantean a los despachos situaciones a posteriori distintas e independientes que tienen relación con sus descendientes.

De forma posterior a las cuestiones jurídicas que se suscitan en relación con la situación de hecho que se expone y tras analizar las preguntas que se nos plantean durante todo el informe, se procederá a realizar una serie de conclusiones en las que se expondrán las posibles soluciones que se ofrecerá a Don Sebastián como cliente del despacho y los pasos que se deberán dar para obtener la mejor alternativa para la satisfacción de los intereses que se quiere dar al cliente.

## 2. SITUACIÓN DE HECHO

El primer paso en este Trabajo de Fin de Máster es plantearnos el problema al que vamos a hacer frente, teniendo en cuenta que se trata de un supuesto de hecho que se da en la realidad, trasladado al papel.

Todos los datos de los clientes tratados en este supuesto de hecho han sido modificados en cumplimiento de la <sup>1</sup>Ley de Protección de Datos.

En primer lugar, intentamos abordar la situación, cuando a nuestro despacho acude Don Sebastián Martín Díaz, quien nos introduce en la problemática que a continuación se explicará y se somete a nuestra consideración la viabilidad de dicho asunto.

El señor Martín Díaz, de 28 años y quien es vecino de Santa Cruz de Tenerife, presta sus servicios como auxiliar en el departamento de administración del supermercado Carrefour del Centro Comercial Meridiano, también situado en Santa Cruz de Tenerife. Nos expone en nuestro despacho que ha acudido ya que ha mantenido con Doña Cecilia López Castro, quien es higienista en una de las clínicas de la franquicia Vitaldent y también vecina de Santa Cruz de Tenerife, una relación intermitente durante los últimos seis años.

Don Sebastián y Doña Cecilia no se han constituido como pareja de hecho, y no solo eso, sino que nos indica que no han convivido, únicamente esporádicamente y nunc más de tres meses continuados.

Doña Cecilia se encuentra embarazada de nuestro cliente, y actualmente está de once semanas de gestación. La noticia llegó para ambos con gran ilusión, por lo que tras las ganas de ambos de tener el bebé se plantearon ir a vivir juntos de manera definitiva.

El pasado mes de agosto hubo un giro en todos estos acontecimientos, ya que doña Cecilia descubrió unos mensajes en el móvil de don Sebastián Martín Díaz, quien se

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.



escribía con una compañera de su trabajo. Por ello doña Cecilia puso fin a su relación con Sebastián y fue entonces cuando ella se mudó a casa de sus padres.

Durante estos últimos meses, desde que ella se marchase, no han tenido el menor contacto a pesar de que don Sebastián ha intentado en repetidas ocasiones comunicarse con su expareja, mandándole diversos mensajes de teléfono, así como correos electrónicos que doña Cecilia no ha contestado.

Todo este tiempo atrás, a pesar de la insistencia de don Sebastián de ponerse en contacto con doña Cecilia por todos los medios, éste solo ha tenido noticias de su expareja a través de amigos que tienen en común ambos.

Don Sebastián tras plantearnos tal supuesto de hecho nos expone una serie de cuestiones que le preocupan. Él quiere tener a su hijo y piensa ser un padre ejemplar. Para ello pretende cumplir todas las obligaciones que le competen como padre, como el padre ejemplar que pretender ser, que a toda costa desea la guarda y custodia compartida de este niño.

### 3.MEDIDAS REGULADORAS

La etapa de gestación es una etapa incierta para el progenitor no gestante, ya que, al contrario que la madre, que tiene cierto “poder decisorio” sobre su cuerpo y sobre el feto, no ocurre lo mismo con el otro progenitor, el padre en el caso que nos ocupa, cuya implicación en la época de gestación puede verse dificultada por la actitud negativa de la madre en caso de que existiesen conflictos.

Fruto de la incertidumbre que planteamos pueden surgir cuestiones como, ¿Puedo solicitar la guarda y custodia de ese feto?, ¿Puedo ver al niño una vez haya nacido? No resultará un problema siempre que, de no existir cordialidad entre ambos progenitores, la madre no nos ponga impedimentos, pero en caso contrario se plantearán problemas, ante los cuales acudirán a nosotros, como abogados, para que aclaremos sus dudas.

En estos últimos años han surgido una serie de modelos de familia que deberemos tener en cuenta para resolver los conflictos que surjan en relación a ésta. Es tradicional pensar, al hablar de familia, que se trata de dos personas casadas las cuales han decidido tener descendencia, pero nada más lejos de la realidad, ya que podemos encontrarnos con personas que son familia, que en ningún caso están casadas. Se trata de parejas de hecho, familias monoparentales, o parejas que no se encuentran unidas entre ellas por ningún vínculo legal. Este último caso es el caso que nos ocupa.

#### 3.1. *El nasciturus*

Para hablar de medidas reguladoras y las dudas que nos surgen, debemos adentrarnos en el objeto de la controversia, es decir, el “nasciturus”.

Si acudimos a la terminología jurídica, en concreto al derecho Civil, el nasciturus es aquel concebido, pero no nacido. Se trata, según la enciclopedia jurídica<sup>2</sup>, de un “término latino traducible por “el que nacerá”, se conoce también como el concebido y sirve para referirse a la persona por nacer”.

---

<sup>2</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/nasciturus/nasciturus.htm>

Por otro lado, según el artículo 29 del Código Civil, el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30.

El artículo 30 establece que se adquirirá la personalidad en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

Es por ello, que el “nasciturus”, podrá ser objeto de negocios jurídicos siempre que se de la condición del artículo 30 del Código Civil, ya que en caso contrario no se producirían los efectos que generarían éstos.

### ***3.2. ¿Cabe la posibilidad de establecer medidas reguladoras respecto a un hijo concebido y no nacido?***

Un segundo factor que debemos tener en cuenta, y que es objeto de estudio en este TFM, son las medidas reguladoras en relación con este hijo. A través de las medidas reguladoras podremos establecer pensiones alimenticias, visitas de los padres, gastos necesarios, entre otras situaciones que pueden regularse.

Como síntesis a la respuesta a esta pregunta que se nos plantea, cabe decir que la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la protección del nasciturus, en concreto se ha pronunciado acerca de su protección durante los procesos de divorcio. Ello no impide que nos pueda resultar de aplicación al caso estudiado.

La pionera en este asunto fue la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Sebastián en mayo de 2004. Dicha resolución aprueba un convenio regulador en el que se acuerda la pensión de alimentos y el régimen de visitas. Esta sentencia aprueba estas medidas con el consentimiento oportuno de la Fiscalía de Guipúzcoa. Se recoge también en dicho documento jurisdiccional que las medidas reguladoras no se llevarán a cabo hasta el nacimiento, por lo que éstas se encontrarán en suspenso.

En segundo lugar, ya se entendía en diversas sentencias de las Audiencias Provinciales el efecto favorable de la pensión de alimentos para los hijos concebidos, pero

aún no nacidos. En este sentido podemos observar lo recogido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 29 de febrero del año 2000<sup>3</sup>, de la cual se puede extraer en su Fundamento de Derecho segundo que *“Es indiscutible que sólo con el nacimiento podrán declararse el derecho y la correspondiente obligación prevista por el art. 93 CC. Pero no puede ignorarse lo dispuesto por el art. 29 CC respecto a los momentos anteriores al nacimiento: el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con como expresa el artículo siguiente. El precepto es plenamente aplicable al presente caso pues se trata de un concebido, la concesión de alimentos es sin duda un efecto favorable y el derecho se condiciona al posterior nacimiento, pues la parte pide los alimentos a partir del nacimiento. No se trata por tanto de un derecho futuro sino del derecho que se le reconoce al nasciturus por el art. 29 CC sin que de su declaración en este juicio pueda derivarse indefensión alguna para el padre, quien sin duda conoce el nacimiento ya producido. En todo caso el reconocimiento del derecho se condiciona sin problema alguno al efectivo nacimiento, solución más lógica que remitir a un posterior incidente de modificación de medidas”*.

En la misma línea, en el año 2003 la Audiencia Provincial de Toledo<sup>4</sup> dicta sentencia el 20 de febrero por la que se reconoce una pensión alimenticia a la niña que ha sido concebida por la pareja y que no había nacido al tiempo de dictarse la resolución apelada. Además, reconoce que los cónyuges pueden proyectar lo que consideren convenientes en cuanto a la guarda, régimen de visitas y alimentos del nasciturus y hace referencia a la SAP de Pontevedra de 29 de febrero de 2000. En concreto, se transcribe el Fundamento de Derecho segundo que dice *“(…) la niña, inicialmente concebida y no nacida al tiempo de dictarse la sentencia apelada (…)”* y en el Fundamento de Derecho tercero se recoge literalmente que *“Por último, pese a que del artículo 29 del Código Civil se deduce que el legislador instauro un sistema de protección del concebido que tiene su proyección práctica esencial en los aspectos patrimoniales y sucesorio, y que los derechos-deberes derivados de la filiación y patria potestad no surgen sino después del nacimiento, nada impide que los cónyuges puedan proyectar lo que consideren conveniente en torno a la atribución de la guarda, régimen de visitas y alimentos del*

---

<sup>3</sup> Ver Anexo 1. SAP Pontevedra de 29 de febrero de 2000. Nº de Resolución 62/2000. Ponente: D. Antonio J. Gutiérrez R. Moldes

<sup>4</sup> Ver Anexo 2. SAP Toledo de 20 de febrero de 2003. Nº de Resolución 61/2003. Ponente: D. Rafael Cancer Loma

*concebido y no nacido, siempre que las medidas proyectadas resulten claramente favorables al mismo, cuya aprobación y eficacia lógicamente quedaría sujeta a una condición suspensiva representada por el hecho del nacimiento; solución ésta parece más lógica que la de forzar a las partes a instar un posterior incidente de modificación de medidas, criterio igualmente el seguido por la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de 29 de febrero de 2000 que resuelve un supuesto que presenta rasgos coincidentes con el que hoy nos ocupa.”*

Continuando con jurisprudencia acerca del establecimiento de medidas acerca de los hijos concebidos aún no nacidos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de octubre de 2005<sup>5</sup>. En dicha resolución se confirma la pensión de alimentos a cargo del padre a quien, apelando la sentencia de la instancia, se le desestima el recurso de apelación interpuesto ya que se considera lo establecido como el “*mínimo vital exigible por la relación de filiación en cualquier circunstancia*” y no es posible su reducción. Es en el fallo de la sentencia apelada, que se transcribe en el Antecedente de Hecho primero, donde se recoge que “*Se señala la cantidad de CIENTO CINCUENTA (150) EUROS en concepto de alimentos, cantidad que el padre ingresará una vez que se produzca su nacimiento (...)*”.

En el año 2007, la Sentencia de 21 de diciembre de la Audiencia Provincial de las Palmas se pronuncia respecto de un recurso de apelación, ya que el recurrente pretende no haber lugar a la pensión de alimentos, entre otros motivos, “*por no haber nacido dicho hijo en el momento de la fase de alegaciones del proceso*” y es en su Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo donde dice la sentencia “*el art. 29 "in fine" del CC obliga a tener al "nasciturus" nacido para todos los efectos favorables, por lo cual, dado que en el momento de contestar la madre la demanda se encontraba en estado de gestación, su petición de alimentos para su futuro hijo fue ajustada a derecho incluso prescindiendo del art. 752 de la LEC*”.

Como vemos, parece haber bastantes pronunciamientos sobre medidas reguladoras acerca de los hijos no nacidos en las Audiencias Provinciales de nuestro territorio. Todas ellas recogen en común que ciertas medidas, siempre que sean favorables

---

<sup>5</sup> Ver Anexo 3. SAP Alicante de 27 de octubre de 2005. Nº de Resolución 346/2005. Ponente: D. Manuel Benigno Flórez Menéndez

para el nasciturus, podrán establecerse por las partes, pero no producirán efectos hasta que se justifique el nacimiento de dicho hijo.

A pesar de lo visto hasta ahora, existen otras sentencias de Audiencias Provinciales en las que no se llega a la misma conclusión que se ha visto previamente. Estas sentencias deniegan el derecho a la pensión de alimentos, ya que ésta ha de ser acorde con las reales efectivas necesidades del nacido y estas resoluciones entienden que no son conocidas hasta el momento en el que se produzca el nacimiento.<sup>6</sup>

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 31 de julio de 2003<sup>7</sup>, en su Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo, establece *“Los recursos debe ser desestimados. La falta de tales pronunciamientos en la sentencia de instancia es conforme a derecho. Para ello se debe tener en cuenta que si bien es cierto que el nasciturus se le tiene por nacido para todo aquello que pueda beneficiarle, en el caso de autos, tanto la pensión de alimentos, así como un posible régimen de visitas, debe ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador”*

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2006<sup>8</sup> habla del derecho a la atribución de la vivienda a la futura madre de un hijo común tras la ruptura de la unión. En su fundamento de derecho segundo, párrafo segundo, la resolución de la AP establece lo siguiente *“Y no obstante disponer la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 7, en cuanto a la comparecencia en juicio y representación, que “por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legalmente los representarían si ya hubieren nacido”, y prever el artículo 29 del Código Civil que “el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, esto es, “que tuviere figura humana y viviere veinticuatro*

---

<sup>6</sup> <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/04/10/cabe-la-posibilidad-de-establecer-medidas-reguladoras-en-relaci%C3%B3n-a-un-hijo-concebido-y-no-nacido-nasciturus-en-el-proceso-de-separaci%C3%B3n-y-divorcio/>

<sup>7</sup> Ver Anexo 4. SAP Toledo de 31 de julio de 2003, N° de Resolución 315/2003. Ponente: D. Alfonso Carrión Matamoros

<sup>8</sup> Ver Anexo 5. SAP Barcelona de 30 de marzo de 2006, N° de Resolución 223/2006. Ponente: D. Paulino Rico Rajo

*horas enteramente desprendido del seno materno" (artículo 30 Código Civil ), no habiendo la demandante-apelante puesto en conocimiento de la Sala el acaecimiento del parto aunque manifestó en el acto de la vista que el mismo estaba previsto para Septiembre, no obstante ello, se dice, es lo cierto que, aún dichas previsiones legales en cuanto al concebido y no nacido, que lo que contemplan son los efectos que puedan resultar o ser favorables para el nasciturus si llega a nacer con los requisitos legalmente previstos, entre esos efectos no figura la atribución a su favor de la vivienda común de sus progenitores mientras duró la convivencia, por cuanto debe tenerse en cuenta que el artículo 83.2.a) del Código de Familia respecto a la atribución del uso de la vivienda si hay hijos sujetos a la patria potestad, contempla su atribución, preferentemente, no necesariamente, al progenitor que tenga atribuida su guarda por lo que carece de transcendencia, a los efectos de la resolución de lo que es objeto de la apelación, que por el hecho de que la ahora apelante quedara embarazada durante la convivencia (que se rompió durante la gestación y no tuvo la duración mínima legalmente prevista) pueda ser o no de aplicación la normativa relativa a las Uniones Estables de Pareja que, por otra parte no prevé nada sobre la atribución de la vivienda común, sin que el hecho de quedar embarazada la mujer durante la convivencia, rota durante la gestación, se erija en motivo suficiente para privar del derecho de uso al propietario de la vivienda, y, consiguientemente, procede la desestimación del recurso de apelación."*

Dichas sentencias nos lleva a entender que en cuanto a la regulación por parte de los futuros padres en algunas ocasiones la jurisprudencia ha fallado a favor del establecimiento de medidas reguladoras de cara al nacimiento del hijo, las cuales se llevarán a cabo una vez producido y notificado, pero que en otras ocasiones las Audiencias han fallado todo lo contrario, no teniendo en cuenta dichas medidas reguladoras de alimentos u otros objetos como fines en interés del menor ya que no ven dicho interés por no haber nacido.

#### **4. SOLICITUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL HIJO RECIÉN NACIDO.**

Es en este epígrafe donde nos adentraremos a resolver las principales controversias y cuestiones que nos surgen ante las preguntas y dudas de nuestro cliente.

El principal objetivo de nuestro cliente al acudir a nuestro despacho es conseguir una respuesta, y obtener el resultado una vez hallada esa respuesta, sobre la guarda y custodia compartida del menor una vez nacido, interés fundamental de D. Sebastián cuyo objetivo primordial es la consolidación de la relación como un buen padre hacia su hijo.

##### ***4.1. Regulación de la guarda y custodia***

Para comenzar, debemos hablar sobre de la guarda y custodia, podemos acudir al Código Civil donde nos encontramos con los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en el capítulo IX, donde podremos encontrar el artículo 92 del Código Civil.

Es en este artículo donde comenzaremos nuestra exposición acerca del régimen de guarda y custodia. Tal y como señala este artículo, en su primer apartado, la separación, nulidad y divorcio no eximen de las obligaciones que tiene los padres para con sus hijos.

Respecto a la guarda y custodia compartida cabe decir que, en nuestro Derecho, no se incorpora a nuestro ordenamiento hasta la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio<sup>9</sup> y podría definirse como “la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia de los hijos”<sup>10</sup>.

En los casos que prevé el código en este capítulo, los padres podrán acordar mediante convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la guarda y custodia sea ejercitada total o parcialmente por uno de los cónyuges o de manera compartida y así lo establece el apartado 4º del artículo 92 del C.C. Continúa diciendo el

---

<sup>9</sup> LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. - Boletín Oficial del Estado de 09-07-2005

<sup>10</sup> <https://www.iberley.es/temas/regulacion-guarda-custodia-hijos-59558>. Párrafo segundo: “la guarda y custodia compartida”



apartado 5º del mismo artículo que ésta se acordará de forma compartida cuando así lo soliciten los padres en su propuesta de convenio regulador o cuando durante el procedimiento lleguen a este acuerdo.

Continuando con el análisis del artículo regulador del régimen de guarda y custodia compartida, en su punto 8º, establece que de forma excepcional el Juez podrá, con el informe favorable del Ministerio Fiscal y a instancia de parte, acordar la guarda y custodia de forma compartida.<sup>11</sup> Lo que nos da a entender este artículo es que el acuerdo del establecimiento de la guarda y custodia compartida se ha de realizar de forma excepcional, pero nada más lejos de lo que realmente quiere decir, ya que lo que pretende dicho precepto es establecer la excepcionalidad con respecto a la falta de acuerdo entre los padres sobre la guarda y custodia y no a que se requieran medidas excepcionales.

*“De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”<sup>12</sup>.*

Esta excepcionalidad y los argumentos que se exponen se ve acompañado todo ello de diversas Sentencias del Tribunal Supremo, ya que se ha pronunciado en suficientes ocasiones y establece que “(...) el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional (...)”<sup>13</sup>. Esta orientación jurisprudencial se recoge en diversos pronunciamientos del TS. (STS de 20 de septiembre de 2016, STS de 25 de abril de 2014, de 25 de diciembre de 2013<sup>14</sup>, de 19 de julio de 2013, de 29 de abril de 2013, de 7 de julio de 2011 o de 22 de julio de 2011).

---

<sup>11</sup> Artículo 92.8 C.C. “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”

<sup>12</sup> STS de 22 de julio de 2011, Nº de Resolución 579/2011. Ponente: Dña. Encarnación Roca Trias FD 3º. Párrafo 5º.

<sup>13</sup> Ver Anexo 6. STS de 20 de septiembre de 2016, Nº de Resolución 553/2016. Ponente: D. Antonio Salas Carceller.

<sup>14</sup> STS de 25 de noviembre de 2013. Rec. 2637/2012

Como hemos apreciado, será necesario el informe del Ministerio Fiscal, según el artículo 92.8 C.C. y que en el precepto se establece que dicho documento ha de ser “favorable”. Este último requisito fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y por la cual no es necesario ese carácter favorable ya que tal y como recoge el fallo de dicha Sentencia<sup>15</sup> *“Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio”*.

Tras el pronunciamiento del TC acerca de este inciso del artículo 92, la medida de la guarda y custodia compartida puede establecerse, por lo tanto, por medio de convenio regulador por el acuerdo de los cónyuges o durante un proceso judicial por acuerdo del juez por interés del menor y cuando lo solicite alguna de las partes con el informe del Ministerio Fiscal, el cual como hemos visto, no es vinculante, ya que será el juez quién tomará la decisión.

Esta medida se tomará siempre que sea la más beneficiosa para el menor y obligará a los progenitores a ejercerla conjuntamente cuando así quede demostrado, habiéndolo solicitado alguno de ellos.

Por otro lado, en cuanto al caso que nos ocupa, Don Sebastián y Doña Cecilia han sido pareja, pero no han convivido más que en contadas ocasiones de forma interrumpida y esporádicamente y han estado unidos únicamente por una relación de afectividad, la cual dio como fruto un hijo que actualmente se encuentra en periodo de gestación.

En cuanto a las medidas y la regulación de la guarda y custodia que hemos visto, se trata como hemos nombrado de la regulación existente para los casos de crisis matrimoniales. En nuestro caso, la relación existente entre ambos no tiene vínculo legal y por lo tanto serán de aplicación supletoriamente los criterios existentes para la separación y el divorcio que ya hemos visto, así como los de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>15</sup> STC de 17 de octubre de 2012. Número de Sentencia: 185/2012. Ponente: Magistrada Dña. Encarnación Roca i Trias. Rec. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006)

Ha sido el Tribunal Supremo el que se ha pronunciado acerca de la supletoriedad y aplicación de estas normas a los casos que no se encuentren estrictamente en la separación y el divorcio y que sean situaciones parecidas a las que hemos visto, como es la situación de nuestro cliente. El Fundamento de Derecho primero, párrafo tercero, de la Sentencia del TS de 7 de julio de 2004<sup>16</sup>, habla del interés del menor preponderante, por encima de si ese hijo es matrimonial o no, y dice lo siguiente *“en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales”*.

#### ***4.2. ¿Cabe la posibilidad de solicitar y conceder la guarda y custodia compartida de un hijo recién nacido?***

El régimen de guarda y custodia compartida ya hemos visto que se trata de un régimen que no debe de considerarse excepcional. Es por lo que los Tribunales deben llegar a su establecimiento siempre que sea lo más adecuado para el interés del menor.

El trámite para el establecimiento de este régimen podrá hacerse mediante un procedimiento de mutuo acuerdo a través de un convenio regulador donde ambas partes regulen las medidas que deban acordar, pero también podrá realizarse de forma contenciosa, y es en este caso cuando entra en juego el papel del juez, quién tendrá que valorar que medidas se aplican acerca de la guarda y custodia de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas, la pensión alimenticia, entre otras.

En cuanto a lo que denominamos “interés del menor” cabe destacar que se trata de un término que no se recoge de forma detallada en el artículo 92 del C.C. pero que ha sido explicado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 8 de febrero de

---

<sup>16</sup> STS de 7 de julio de 2004. Número de Sentencia 701/2004. Ponente Don. Pedro González Poveda.

2016<sup>17</sup>. Dicha resolución establece que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que será cada caso en el que haya que emitir una conclusión personalizada para proteger al menor en cuestión. Continúa diciendo que habrá que acudir a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y a través de esta intentar llenar de contenido dicha noción de interés superior del menor y que en dicha Convención, en su artículo 7 se reconoce al niño “el derecho a conocer a sus padres y a ser criado por ellos” y también a que “no sean separados de sus padres” en el artículo 9.

Cuando se habla de custodia compartida debemos acudir a la jurisprudencia, ya que es ésta la que establece los criterios que deberán regir la orientación de la decisión del juez. Así el Tribunal Supremo ha establecido las pautas a seguir por los tribunales y éstos tendrán que tener en cuenta la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los hijos, las aptitudes personales de los padres, 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 resultado de los informes que puedan haberse elaborado, entre otros. Estos criterios son los que se han establecidos en Sentencias tales como STS de 25 de noviembre de 2013, de 29 de noviembre de 2013, de 17 de diciembre de 2013, de 25 de abril de 2014, de 30 de octubre de 2014 y de 16 de febrero de 2015, entre otras que han seguido la misma línea.

La pretensión que debe tener la guarda y custodia compartida es la aproximación al modelo de convivencia que se tendría durante el matrimonio y de esta forma se garantiza que los menores sean criados de forma que ambos padres tengan de opciones de participación en su desarrollo y educación, así como que los padres sigan ejerciendo derechos y obligaciones en igualdad de condiciones. Esto se entiende que se trata de la medida más beneficiosa para los menores, aún cuando existan fisuras en los acuerdos de los progenitores, siendo lo más importante una actitud razonable y eficiente por parte de éstos junto con el diálogo, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Ver Anexo 7. SAP Córdoba de 8 de febrero de 2016. Número de Sentencia 59/2016. Ponente: Don Felipe Moreno Gómez. Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>18</sup> Ver Anexo 8. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015, sección 1ª. Recurso de Casación. Número de Sentencia: 571/2015. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Siendo el sistema de custodia compartida un modelo, que como vemos, debe seguirse de forma normalizada y no excepcional teniendo en cuenta todos los beneficios que para el menor supone, debemos entender que el género no debe ser una cuestión a tener en cuenta a la hora de concederla ya que se trata de ponderar todas las cuestiones vistas en los párrafos anteriores y a las que habrá de remitirse. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 20 de abril de 2016 y dice, *“lo que hoy no puede sostenerse es que el sexo de los progenitores sea un criterio en el que sustentar la preferencia por uno u otro”*.

En nuestro caso, otro factor que debemos tener en cuenta es la lactancia del niño una vez nacido. Generalmente es la madre, quien, de forma natural, asume la lactancia de los hijos. Los nuevos modelos que se están implantando en la sociedad hacen que la lactancia, en muchas ocasiones, ya no se asuma por la mujer de forma natural, sino que ya son los hombres y mujeres quienes hacen dicha labor de forma artificial. Este hecho podría suponer un problema a la hora de conceder la guarda y custodia compartida al hombre (siendo una pareja de hombre y mujer, como es el caso que nos ocupa), pero no se trata de el sexo de la madre lo que determina la custodia, sino que el factor determinante realmente es la persona que asume la lactancia. Por lo que si la madre quisiese asumir la lactancia natural del recién nacido podría jugar a su favor dicha cuestión. En cambio, podríamos ponderar intereses si la madre no quisiese asumir la lactancia natural, ya que de esta forma podríamos negociar asumir la lactancia de forma compartida y por lo tanto atribuir a la pareja la custodia compartida.

Teniendo en cuenta las cuestiones vistas hasta ahora, podemos determinar que nada nos impediría ser padres de un recién nacido y solicitar la custodia compartida, ya seamos tanto la madre como el padre. Añadiendo cuestiones al asunto, tenemos que tener presente que la edad del menor es otro de los factores que se tienen en consideración a la hora de determinar cual de los progenitores se encargará de su guarda y custodia o de si lo harán de forma compartida. Hay resoluciones en las que se concede la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, aún cuando se trata de menores de corta edad, y en este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de abril de 2014<sup>19</sup> en su Fundamento de Derecho tercero, segundo párrafo, que dice

---

<sup>19</sup> SAP Córdoba de 28 de abril de 2014. Número de Sentencia: 189/2014. Ponente: D. Felipe Moreno Gómez

*“es criterio usual cuando se trata de menores de corta edad, que la guarda y custodia de los mismos se atribuya a la madre, (...); pero no es menos cierto que la corta edad de los hijos no es suficiente, per se, para efectuar la atribución de la guarda y custodia a favor de la madre, pues siempre deben de valorarse otras circunstancias, y es el conjunto de todo ello lo que debe de alumbrar el criterio de atribución como forma de concretar en cada caso el principio rector antes incluido”.* Otras sentencias comparten esta línea y como en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de junio de 2016 que nos dice que la alimentación materna natural no será un inconveniente a la hora del cumplimiento de las visitas y establece en su Fundamento Jurídico tercero<sup>20</sup> que *“procede mantener la decisión del Juzgado respecto al régimen de visitas, no siendo obstáculo para su desarrollo la alegación sobre la lactancia, al poder también compatibilizarla con alimentación adecuada”.*

Centrándonos en lo expuesto anteriormente y respondiendo a la pregunta que nos hacemos en este subepígrafe, está claro que existe muy variada jurisprudencia y con unos términos muy amplios en cuanto a sus conclusiones, pero en lo que podemos concluir como algo por lo que se guía es en cuanto a la consideración del interés del menor en primer lugar. Además, no es algo excepcional, sino que se debe considerar como primera opción el establecimiento de la guarda y custodia compartida, ya que supone la forma más acorde según los tribunales para el crecimiento de un hijo.

Por todo esto, cabe decir que después de analizar las sentencias aquí expuestas podríamos solicitar la guarda y custodia compartida y no sólo eso, sino tener una resolución favorable siempre que el interés del menor sea lo que predomine ya que ni la corta edad de un menor, ni el que sea lactante, ni el sexo de cualquiera de los progenitores, son las causas definitivas para que un juez establezca de forma compartida la guarda y custodia, sino que son supuestos a tener en cuenta como cualquier otro factor.

---

<sup>20</sup> SAP Sevilla de 24 de junio de 2016. Número de Sentencia: 297/2016. Ponente: D. Carlos M<sup>a</sup> Piñol Rodríguez

#### 4.3. *¿Se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia?*

Continuando con lo visto hasta ahora, tras el análisis de la modalidad de guarda y custodia compartida, cabe decir que se trata de una medida que ha de considerarse normal y deseable para el menor. Esto ocurre debido a que en caso de que dos progenitores no continúen su relación, ya sea de noviazgo, matrimonio, pareja de hecho o cualquier otra análoga, debe primar la posibilidad de que el menor tenga relación con ambos progenitores.

Además, como hemos visto también previamente, el Tribunal Constitucional ya destaca en su jurisprudencia, citada anteriormente y a la cual hay que remitirse, que este sistema de custodia compartida se ha de considerar por nuestros tribunales como normal y no excepcional y sin necesidad de estar vinculados al informe del Ministerio Fiscal del cual habla el inciso 8º del artículo 92 C.C.

Además de todo ello, adentrándonos en los requisitos que se establecen por el Tribunal Supremo, la guarda y custodia compartida se debe conceder siempre que concurren los siguientes y siempre fundada en el interés del menor:

- 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
- El resultado de los informes exigidos legalmente
- Y, 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.

Estos criterios establecidos por el Tribunal Supremo deben tenerse en cuenta por separado, lo que quiere decir que debemos tenerlos en cuenta uno a uno y no todos simultáneamente. Siempre que alguno de estos criterios se de, podremos ponderar la aplicación de la guarda y custodia compartida, por lo que no tienen que darse de forma conjunta y excluyente.

Por otro lado, podemos analizar una serie de resoluciones en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de los requisitos y sobre la fundamentación de la aplicación de este régimen que estamos analizando.

La Sentencia del TS de 12 de mayo de 2017 dice:

*” 1.- La Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016; 11 de febrero de 2016; 9 de marzo de 2016; 433/2016, de 27 de junio).*

*2.- La cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia.*

*3.- La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. 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”.*

Esta sentencia nos viene a decir que no serán suficiente para desacreditar este régimen los desencuentros que se produzcan entre los progenitores del menor y no optar por su aplicación en base a éstos. Estos desencuentros son situaciones normales ante las crisis familiares, pero no tienen por qué hacer que el menor crezca sin alguno de sus padres.

En segundo lugar, la Sentencia del TS de 15 de julio de 2015 establece:

*” Pues bien, los hechos que contiene la sentencia conducen a este régimen:*

*(1) Se va a beneficiar el hijo porque ambos progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales;*



- (2) *Ambos tienen, también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psicosocial;*
- (3) *Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor;*
- (4) *El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre;*
- (5) *No existe por su edad factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo etc.);*
- (6) *Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que la alteración suponga para el hijo una alteración sustancial de la estructura social en que se integra, con facilidades para la pernocta como para el estudio;*
- (7) *Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida”.*

En esta resolución, se tiene en cuenta el deseo del menor como uno de los factores determinantes, lo que coincide con otra serie de puntos que son también conducentes a la guarda y custodia compartida, todos ellos con una vinculación al interés del menor y el análisis del crecimiento de éste para con sus padres.

Como conclusión a los requisitos establecidos por la jurisprudencia y a los que desarrolla el TS a lo largo de distintas sentencias podemos concluir como situación permanente en todos ellos, el interés del menor y su primacía respecto al resto. Por otro lado, debemos de ponderar y valorar cada uno de forma separada y para cada caso concreto.

En cuanto al caso que nos ocupa, ¿Podemos considerar que se cumplen los requisitos que se establecen por la jurisprudencia una vez los hemos expuesto en este epígrafe?

Podemos considerar que se cumplen ciertos requisitos exigidos por la jurisprudencia, ya que el interés del menor será llevar una vida junto con ambos progenitores y desarrollar esta y su trato con ambos. Por otro lado, Don Sebastián deberá acreditar su interés hacia el menor y el cumplimiento de sus deberes como padre, así como deberá acreditar la tenencia de domicilio estable y cumple con un horario laboral que le

permite ejercer su rol de padre y, sobre todo, ambos progenitores viven en la misma ciudad.

#### ***4.4. ¿Podría en los primeros meses de vida establecerse un régimen de visitas progresivo?***

En el caso de nuestro cliente, ¿qué ocurriría si no se le concediese la custodia compartida del menor?, ¿podría solicitar que se estableciese un régimen de visitas progresivo donde se regulen las visitas del padre no custodio conforme vaya aumentando la edad del menor?

Viendo lo estudiado hasta ahora podemos advertir que cabe la posibilidad que haya que establecer un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. En el caso que nos ocupa deberíamos acudir a un régimen abierto y flexible y no al régimen de visitas “standard o normalizado”, este último suele ser el que regula el régimen que aplica al no custodio la estancia con el menor en fines de semana alternos y vacaciones por mitad, y algunas tardas entre semana.

Por otro lado, el régimen de visitas abierto y flexible suele implantarse en los casos en los que existan motivos como la lejanía de la residencia entre los progenitores o, como en el caso que nos ocupa, cuando existan hijos menores de corta edad.

Estos casos traen controversia ya que la edad del menor es un factor relevante para determinar el régimen de visitas en los menores y su relación con los progenitores. Esta dificultad ocurre en los casos de hijos pequeños, normalmente recién nacidos, y sobre si debe o no establecerse la pernocta con el progenitor al que no le esté atribuida la custodia.

Por otro lado, el derecho de visitas, sobre todo de cara al acceso a los tribunales está bastante estandarizado y se tendrá en cuenta la relación previa del progenitor con los menores, si ha habido o no una relación, ya que el juez establecerá este derecho de visitas progresivo para que el menor como el progenitor vayan estrechando lazos.

Hay que resaltar que el derecho de visitas no es un derecho estricto, sino que es más bien un derecho cercano a un deber y cuya finalidad no es la de satisfacer los intereses

de los progenitores, sino que tiene como objetivo cubrir las necesidades afectivas y educacionales que tienen los menores para un desarrollo equilibrado.

En cuanto a los criterios que se están siguiendo por los Tribunales, han ido variando a lo largo de todos estos años y tal y como hemos visto a lo largo del presente trabajo es cada vez mayor la costumbre de conceder a los progenitores un régimen de custodia compartida y es la tendencia a normalizar escogida. Este se entiende como el régimen normal de custodia que debe predominar excepto en los casos que el interés del menor aconseje cualquier otro.

Como nos cuestionamos al inicio de este epígrafe, cuando se trata de menores de corta edad podemos estar ante una situación problemática, la cual no está estandarizada entre las salas. Aún así, ¿quiénes son considerados menores de corta edad?, serán los niños lactantes y aquellos que tengan hasta tres años, lo que tampoco es un criterio uniforme y dependerá de cada tribunal la consideración de “corta edad” para así poder acordar un régimen de visitas acorde.

En el caso de niños lactantes, es claro que existe una dependencia respecto de la madre siempre que dicha lactancia sea natural. Cuando existen estos casos, se suele acordar por los juzgados estancias de corta duración con el progenitor contrario, el cual variará según el menor vaya creciendo.

¿Se podría establecer entonces un régimen de visitas progresivo en la sentencia, en el que se indique los tiempos que pasará el menor con cada progenitor existiendo variaciones en este según la edad?

La respuesta a la pregunta es afirmativa, ya que hay juzgados que regulan tales cuestiones entre sus resoluciones y ya en Santa Cruz de Tenerife se redactan sentencias con dichos pronunciamientos. La <sup>21</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de octubre de 2012 confirma un régimen de visitas progresivo y dice “(...) debe observarse que el régimen progresivo adoptado es perfectamente razonable y adecuado a la edad de la niña, atendiendo a la misma identidad de razón que la atribución de custodia, porque debe atenderse en primer lugar al beneficio del hijo,

---

<sup>21</sup> Ver Anexo 9. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de octubre de 2012. Número de resolución 440/2012. Ponente: D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco.

siendo por ello pertinente resolver incluso de oficio, si las relaciones entre los progenitores no son las óptimas”. En los antecedentes de hecho de dicha sentencia podemos observar que se establece un régimen de visitas para el padre en función de la edad, extrayendo de ésta frases como “Hasta que le menor cumpla los TRES AÑOS”

Por otro, y a modo de ejemplo entre muchas otras, la <sup>22</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 de septiembre de 2017 confirma un régimen de visitas progresivo que se concreta en la resolución recurrida y dice “Que debe tenerse presente el régimen de visitas progresivo y condicionado que se especifica en la resolución recurrida, de modo que en la misma fase de ejecución pueda irse modificando y adaptando aquél a las nuevas circunstancias que el cambio de la custodia haya supuesto para la menor”.

Por último, y también a modo de ejemplo, la <sup>23</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 8 de febrero de 2018, donde se apela la modificación de un régimen de visitas establecido por una sentencia de instancia y que por la sala de apelación es confirmado el régimen de visitas progresivo, aunque modificándolo en ciertos extremos.

Es por todo ello por lo que ya es visto en la jurisprudencia el establecimiento de regímenes de visitas progresivo acorde a las circunstancias de los menores, ya sea por la edad o por otros factores, siendo la edad el que nos interesa y por el que nuestro cliente debería saber que podría ser posible su solicitud en caso de la no concesión de un régimen de guarda y custodia compartida en un primer momento.

Una sentencia muy completa y relativamente reciente, redactada fuera de nuestras islas es la <sup>24</sup>Sentencia de Primera Instancia del Juzgado de Granada número 3, donde se recoge un régimen de visitas progresivo muy completo. Es la propia sentencia la que recoge en su fundamento de derecho segundo la “necesidad” de aplicación de este régimen y dice “Teniendo en cuenta dada la corta edad de la menor es pertinente la

---

<sup>22</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de septiembre de 2017. Número de resolución 468/2017. Ponente: D. Antonio María Rodero García. Fundamento de Derecho primero.

<sup>23</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de febrero de 2018. Número de resolución 61/2018. Ponente: María Paloma Fernández Reguera.

<sup>24</sup> Ver Anexo 10. Sentencia Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada de 3 de diciembre de 2015. Número de resolución 839/2015.

*instauración de un régimen de visitas progresivo”, continúa la sentencia en el mismo párrafo hablando de uno de los principales motivos por los que es correcto este régimen apoyándose en el interés de la menor y dice “Además, siendo aún muy pequeña la menor, su edad ayuda a que pueda adaptarse en poco tiempo a la presencia del padre. Adaptación que se dificultaría si la niña no saliera del entorno materno”.*

La sentencia establece de forma detallada un régimen de visitas acorde a la edad menor y recogiendo distintas etapas de desarrollo durante sus primeros meses teniendo en cuenta la situación laboral del padre y de la madre.

Por otro lado, en la propia sentencia se recoge la normalización del régimen de visitas de la menor cuando cumpla los veintiún meses de edad y siendo este régimen ya el que se normalizará de ahí en adelante.

#### ***4.5. ¿Podría solicitarse la pernocta con el recién nacido?***

Llegados a este escalón, es normal que nuestro cliente se plantee la cuestión que en este epígrafe se tratará. Empezando en orden, una vez que sabemos que podremos solicitar una guarda y custodia compartida, en caso de no concederse un régimen de visitas y, que, dentro de éste, sea de forma progresiva, el progenitor no custodio se planteará la cuestión a resolver.

¿Cuándo podrá dormir con su hijo nuestro cliente?, ¿necesitará de algún requisito?, ¿habrá algo que tengan en cuenta los tribunales? He aquí varias cuestiones que debemos abordar.

En primer lugar, como ya hemos visto los tribunales consideran que la edad del menor es importante de cara a una sentencia en la que atribuir un régimen de visitas con unas u otras características cuando no existe acuerdo entre los padres.

Por otro lado, la edad del menor es importante para determinar una serie de cuestiones que suelen ser las más conflictivas entre los progenitores, ya que no es raro encontrarnos parejas separadas que se cuestionan cuándo podrá el progenitor no custodio,

sobre todo en casos de menores de muy corta edad, pernoctar con su hijo en su propia casa.

Un asunto importante a la hora de determinar el momento en el que el menor podrá pernoctar con el progenitor no custodio, en caso de parejas de hombre y mujer, sobre todo, es la lactancia en el caso que se esté llevando a cabo.

Ya hemos visto que existen regímenes de visitas normalizados (el cual es el asumido en la mayoría de los casos, cuando no existe mayores conflictos en las crisis matrimoniales con hijos) y los no normalizados, ambos ya vistos, estos últimos son los que tienen en cuenta otras circunstancias personales tanto en los progenitores, como podría ser la distancia entre éstos o el horario laboral, o en el menor, como sería la edad de éste.

Es la corta edad de los menores el requisito que más influye en las resoluciones que tratan de establecer la pernocta del recién nacido y así poder dar una respuesta a la pregunta planteada en este epígrafe. La corta edad del menor es un tema discutido entre las salas de nuestros tribunales, ya que en la mayoría de los casos se sigue la corriente de que los bebés lactantes y los niños de hasta tres años serán los considerados como menores de corta edad, pero esto no es así siempre. Entendiendo así que los tribunales tendrán en cuenta la edad, pero no será un factor determinante como tal para orientar su decisión ya que tendrán en consideración también las circunstancias personales de los menores en cada caso concreto.

Por otro lado, otro de los problemas a los que se ha de hacer frente en muchas ocasiones para determinar si podrá pernoctar con el progenitor no custodio será si el menor es lactante o no.

En el supuesto de encontrarnos con un menor lactante tendremos que abordar la siguiente cuestión ¿Qué tipo de lactancia se está llevando a cabo con el hijo?

En el régimen de visitas de los menores lactantes es prioritaria la lactancia y, por lo tanto, que esté con su madre para no perjudicarle en cada una de las tomas y teniendo en cuenta la dependencia del menor respecto de la madre que ello conlleva. Es por ello

por lo que no será frecuente durante periodos de lactancia que el menor duerma con el progenitor no custodio.

Esto ocurre, ahora respondiendo a nuestra pregunta anterior, cuando la lactancia es un proceso natural entre la madre y el hijo, es decir, cuando la madre le da el pecho de forma natural al menor. ¿Ocurre lo mismo en casos en los que el niño lactante lo es de forma artificial? La respuesta será en sentido negativo, ya que se entiende que cuando se acude a la lactancia como impedimento para la pernocta, la madre deberá demostrar que existe tal lactancia natural.

Por lo tanto, en caso de lactancia natural de la madre, el padre o progenitor no custodio, podrá acceder a un régimen progresivo de visitas y será cuando las circunstancias lo aconsejen cuando éste pueda dormir con el menor.

A pesar de ello, como se expuso antes, estos criterios no son unánimes entre los tribunales y, por lo tanto, no siempre las resoluciones serán en contra del progenitor no custodio, existen sentencias en las que la línea que siguen los pronunciamientos no lo consideran un elemento suficiente para no aplicar un régimen normalizado de visitas, como, por ejemplo, SAP de Sevilla de 27 de julio de 2007; y SAP de Toledo de 16 de enero de 2006.

La pernocta podría ser solicitada por el padre de forma gradual, es decir, podría el progenitor no custodio solicitar que de forma gradual se le conceda la posibilidad de, según va aumentando la edad, poder el menor dormir con su padre ya que también es aconsejable el contacto con éste.

Por otro lado, es cierto que los tribunales cada vez en mayor medida han reducido la edad en la que el menor pueda pernoctar con la figura paterna (como en nuestro caso). La jurisprudencia ha ido perfilando las edades de lo que es considerado un menor de corta edad, esto ha ido variando desde los cinco años establecidos anteriormente, hasta los tres años como hemos podido ver en resoluciones a lo largo de este trabajo, pero incluso actualmente, hay resoluciones que adelantan la pernocta del menor con el padre aún cuando los menores no llegan a los tres años.

En cuanto a esto tenemos un caso concreto en el que la edad del menor al que se concede la pernocta es por debajo de los tres años que asiduamente se considera por la jurisprudencia como menor de corta edad y la propicia en muchas ocasiones para iniciar la pernocta con el progenitor. La lactancia es importante y se aconseja que la madre esté junto al hijo, pero en el caso de la <sup>25</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de marzo de 2014, la guarda y custodia de dos menores se le atribuye a la madre y a su vez se recoge un régimen de visitas para cada uno de los hijos, ya que la más pequeña se trata de una menor recién nacida. Al padre se le atribuye un régimen de visitas en el que hasta la edad de 18 meses no podrá pernoctar con éste la menor.

En apelación se solicita por la madre que la edad a la que empiece a pernoctar la niña con el padre sea a los tres años de edad, a lo cual la sala concluye y dice *“Pues bien, si se ha de proporcionar a los hijos el mayor contacto posible con sus progenitores en tanto que ello es beneficioso para ellos, y no encontrándose en la menor ni en el padre ninguna circunstancia que desaconseje ese cambio temporal de guarda, y sin que tampoco se pueda presumir ningún tipo de falta de capacidad para atender a la menor, se considera que, ya cumplidos esos 18 meses, puede, junto con su hermano, estar con su padre esos fines de semana alternos tal y como dispone la sentencia apelada, que también en este sentido ha de ser confirmada”*.

Por lo que, para finalizar este punto, podemos decir que la pernocta del menor con el progenitor no custodio podrá llevarse a cabo siempre que sea aconsejable para el recién nacido y siempre que dicho progenitor no muestre aspectos que mermen su capacidad para atender a éste.

---

<sup>25</sup> SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2014. Número de resolución 144/2014. Ponente: D. Pedro Roque Villamor Montoro.



## 5. CONCLUSIONES

Llegados a este punto del trabajo se procede a exponer las conclusiones de forma organizada y siguiendo los distintos puntos tratados, primero de forma general y a continuación, de forma detallada para el caso concreto, abordando el problema planteado en el supuesto de hecho y de la forma más beneficiosa para Don Sebastián.

En primer lugar, de forma general podemos concluir que en los casos en los que existe un nasciturus y una situación de crisis matrimonial o asimilado, existen distintas medidas a llevar a cabo que podrán salir adelante. Ya hemos visto en este trabajo que la primera opción que podríamos contemplar y lo cual ha quedado acreditado por la jurisprudencia, sería la solicitud de medidas reguladoras de cara a ese niño aún no nacido.

Hemos visto que existe jurisprudencia que recoge medidas reguladoras para los niños concebidos y no nacidos y cuya protección resulta fundamental para los tribunales y podemos concluir que estas medidas cuando así se acuerden podrán tener efectos una vez que el niño o niña ha nacido.

En el caso que nos ocupa, Don Sebastián está en una situación asimilada a una crisis matrimonial, sin ser tal en sentido estricto, ya que no se encontraban casados ni existía una convivencia estable entre ambos, aún así nuestro cliente pretende ser un buen padre y optar por hacerse cargo de ese hijo, por lo que mediante un procedimiento judicial y previo al nacimiento de su hijo, Don Sebastián podría solicitar medidas reguladoras para así poder involucrarse en la vida del niño una vez haya nacido.

En segundo lugar, tras analizar lo que entendemos por guarda y custodia compartida, podemos concluir que el régimen de guarda y custodia compartida, que había venido siendo una medida de carácter excepcional hasta hace unos años, actualmente tiende a ser lo habitual gracias a la labor de los tribunales (véase en la jurisprudencia que hemos tratado en este trabajo).

Como hemos podido recoger, observamos que se trata de un régimen que podrá acordarse de común acuerdo o solicitarse ante los tribunales, esto una vez que el hijo de Don Sebastián y Doña Cecilia haya nacido ya que difícil será apreciar las circunstancias

que mejor le convengan al menor antes de haber nacido éste, tal y como se establece por la jurisprudencia, además de ser uno de los requisitos.

En el caso concreto, son varios los requisitos que podría cumplir nuestro cliente ya que de entre los que establece la jurisprudencia, que como hemos visto no tienen por qué darse todos de forma conjunta, cabría solicitarse por su práctica hacia el menor y el cumplimiento de sus deberes como padre en relación con sus hijos.

Para el cumplimiento de los requisitos si así quisiese solicitar la guarda y custodia nuestro cliente una vez nacido el menor, entonces debería de acompañar durante el embarazo a la madre en todo momento y en todo lo que le permita Doña Cecilia. A lo que aquí se hace referencia es a ofrecerse como un buen progenitor a llevar a cabo las tareas que le corresponden y ofrecerse a sufragar los gastos que sean necesarios durante el embarazo. Por otro lado, ambos progenitores viven en la misma ciudad tal y como hemos visto, lo que beneficiaría a nuestro cliente a la hora de solicitar la guarda y custodia compartida, además Don Sebastián tiene trabajo estable con un horario que le permitirá poder atender a su hijo una vez nacido.

En tercer lugar, es cierto que como hemos visto podría establecerse un régimen de visitas para el progenitor al que no se le ha concedido la custodia. Este régimen como hemos visto en las resoluciones expuestas es probablemente el más adecuado para los casos en los que los menores son recién nacidos o lactantes. Sobre todo, en estos casos, se habla de regímenes de visitas abiertos o flexibles, lo que quiere decir que hay tribunales que los establecerán una vez haya nacido el hijo e irá variando según la edad del menor y sus relaciones con los padres, entre lo que se incluye la lactancia del menor en los casos donde la madre la lleve a cabo de forma natural o incluso, como hemos visto, por el simple hecho de la corta edad del recién nacido.

En el caso concreto Don Sebastián, por lo tanto, también podrá solicitar un régimen de visitas progresivo y regular así sus relaciones con su hijo y poder hacerlo de la forma en que más convenga para el interés del menor teniendo en cuenta la situación en concreto una vez haya nacido.

Por último, hemos estudiado la opción de la viabilidad de solicitar la pernocta en el régimen de visitas progresivo. Podemos concluir que en las resoluciones que hemos

visto cuando se concede la pernocta se tiene en todo caso muy presente el interés del menor y las circunstancias concretas en cada caso. Habrá de estar al caso concreto y sobre todo a los impedimentos que podrían acompañar para que el menor pudiese dormir con su padre desde recién nacido.

Es clave, como hemos visto el que la madre no haya decidido optar por la lactancia natural, aunque como hemos visto hay alguna resolución en la que la lactancia no es un factor determinante si se respetan las tomas, algo que es más complicado. En todo caso, la pernocta podría recogerse en la resolución, sobre todo en los casos en los que la madre no opta por la lactancia natural del menor. Ya que nada impediría que tanto el padre como la madre realicen de la mejor forma sus relaciones con su hijo.

Don Sebastián por lo tanto podrá optar por solicitar la pernocta con su hijo recién nacido, aunque dependiendo de las circunstancias una vez nacido podrá no serle concedido en favor de un régimen de visitas progresivo, en el que incluso se pueda llegar a recoger la pernocta con el menor más avanzada la edad de éste.

Es por ello, a modo de conclusión final, que a Don Sebastián como cliente y una vez vista la jurisprudencia que se recoge en este trabajo se le aconsejaría: en primer lugar, la realización de sus obligaciones como padre, lo que incluye su propósito de ayudar a la madre de su hijo en todo lo necesario durante el embarazo; en segundo lugar, durante el embarazo podría solicitar el establecimiento de unas medidas reguladoras para el nasciturus que tengan efecto una vez que éste nazca, aunque si su intención es tener una buena relación con la madre de su hijo, esto no sería lo más aconsejable ya que siempre que existe un procedimiento judicial de por medio existen tensiones; en tercer lugar se le aconsejaría como mejor opción solicitar la guarda y custodia compartida una vez que el menor haya nacido, o incluso intentar llevarla a cabo mediante mutuo acuerdo con su expareja, aunque siendo esto difícil; por lo que la mejor opción y siendo la vía por la que optan los tribunales, solicitar un régimen de visitas progresivo en favor del progenitor no custodio, Don Sebastián, con pernocta del menor en caso de que no exista lactancia natural.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

IBERLEY, “ La regulación de la guarda y custodia de hijos como efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, <https://www.iberley.es>

CULEBRAS, I., “Requisitos para la guarda y custodia compartida”, diciembre 2015, Legalitas, <https://www.legalitas.com>

LEGÁLITAS, “La custodia de los hijos cuando no hay matrimonio”, abril de 2016, <https://www.legalitas.com>

DÍEZ NUÑEZ, J.J., “Posibilidad de guarda y custodia compartida o régimen de visitas normalizado con hijo lactante o de corta edad”, enero de 2017, Foro de Familia, Coordinador José María Prieto Fernández-Layos <https://elderecho.com>

PINTO, C., “¿Cabe la posibilidad de establecer medidas reguladoras en relación a un hijo concebido y no nacido (nasciturus) en el proceso de separación y divorcio?”, abril de 2013, <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com>

NAVARRO GONZÁLEZ, C., “La controvertida decisión judicial de la custodia en lactantes”, diciembre de 2017, <http://www.legaltoday.com>

BAYARRI MARTÍ, M.L., “El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio”, septiembre de 2014, <http://noticias.juridicas.com>

CASTILLO JIMÉNEZ, I., “El régimen de visitas en hijos de corta edad”, enero de 2019, <https://www.mundojuridico.info>

MATEO BUENO, F.F., “La pernocta en el régimen de visitas de menores de 3 años”, noviembre de 2015, <https://www.mateobuenoabogado.com>

## **TABLA DE NORMAS**

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

## 7.ANEXOS

### **Anexo 1: Sentencia nº 62/2000 de AP Pontevedra, 29 de febrero de 2000**

Ponente: Antonio J. Gutiérrez R. Moldes

Número de Resolución: 62/2000

Fecha de Resolución: 29 de febrero de 2000

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra

Id. vLex: VLEX-16270370

Link: <http://vlex.com/vid/divorcio-compensatoria-improcedencia-16270370>

#### **Resumen**

DIVORCIO. PENSIÓN COMPENSATORIA. IMPROCEDENCIA. El actor inicia acción solicitando la separación y extinción de la sociedad conyugal, la demandada opone reconvencción solicitando pensión compensatoria. Es improcedente fijar pensión compensatoria por la escasa duración del matrimonio, su juventud y aunque no consta su cualificación profesional su trabajo o sus posibilidades de obtenerlo sigue siendo las mismas, por lo que su situación no empeoró por el matrimonio y no se aprecia desequilibrio económico. Se hace lugar a la demanda se desestima la reconvencción. Se desestima la apelación.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Antonio J. Gutierrez R. Moldes

César Augusto Pérez Quintela

Fco. Javier Valdés Garrido

En Pontevedra, a veintinueve de febrero de dos mil.

Visto el recurso de apelación contra la sentencia recaída en los autos civiles de juicio Inctal de Sep. Matrimonial nº 0009/98, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia de nº 4

de Pontevedra, Rollo de Sala numero 366/98, en el que son partes: como apelante Dña. M.F.M., representada por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> del Pilar Bernardez Filloy y asistida (del Letrado D.- Juan Vidal Fraga; y como apelado D. J.L.B.G., representado por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Susana Tomas Abal y asistido del Letrado D. Manuel Barros Barros, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio J. Gutierrez R. Moldes.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 2 de junio de 1998, recayó sentencia en los autos de que se deja hecha mención cuyo Fallo, literalmente, dice: "Que estimando la demanda formulada por D. J.L.B.G., contra D M.F.M. y, en parte, la reconvenición formulada por ésta contra aquél, debo declarar y declaro la separación de los mismos, y extinguida la sociedad conyugal, cuya liquidación se llevará a efecto, en fase de ejecución de sentencia, sin fijación de pensión compensatoria ni alimenticia. No se hace especial pronunciamiento en materia de costas procesales".

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por Dña. M.F.M., que fue admitido en ambos efectos, emplazándose seguidamente a las partes litigantes por término de quince días para ante esta Audiencia Provincial; y recibidos los autos en esta Audiencia correspondió su conocimiento a esta Sección, por turno de reparto de fecha 29 de junio de 1998.

TERCERO. - Se personaron en tiempo y forma la entidad apelante Dña. M.F.M., la apelada D. J.L.B.G.; y conferido traslado de los autos a la parte apelante para instrucción por término de (diez días, y evacuado dicho trámite por la parte recurrente, se hizo entrega de los autos a la parte apelada por igual término.

CUARTO. - Instruidas las partes, se solicitó el recibimiento del pleito a prueba por la representación de Dña. M.F.M., no siendo admitido por auto de esta Sala de fecha 14 de octubre de 1998, se pasaron los autos al Ponente para instrucción por el término de diez días y transcurrido dicho término recayó resolución citando a las partes para sentencia, señalándose para la vista del recurso el día 16 de febrero del 2000 y hora de las 10,00, habiéndose celebrado la vista el día y hora citados.

QUINTO. – En tramitación del presente recurso se han cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, con excepción del Quinto que expresamente se revoca.

PRIMERO. - De las varias cuestiones inicialmente planteadas, sólo dos son objeto de impugnación en este recurso. La primera se refiere a la pensión compensatoria que interesa la esposa apelante en base al art. 97 CC. En este punto se acepta el fundamento cuarto de la sentencia apelada con la consiguiente desestimación del motivo de recurso, por que a pesar de los argumentos expuestos por la parte interesada a favor de una interpretación amplia de aquel concepto, no pude sostenerse en este caso que se hubiere producido el desequilibrio económico en que se basa ese derecho. Las circunstancias que pueden tenerse en cuenta no son sólo en efecto las que enumera aquel art. 97, pero es indudable que se aprecian en este caso dos de especial relevancia, una la escasa duración del matrimonio, casi la mínima posible, pues sólo duró tres meses, del 27 de septiembre al 25 de diciembre, hecho que se contempla como circunstancia 6º. Y otra la edad de la esposa, de treinta y un años en las fechas del matrimonio y separación circunstancia 2º), y si bien no consta probada su cualificación profesional no es difícil deducir que ni el por si mismo le supuso alteraciones laborales ni la posterior separación determino mayores dificultades de acceso a un empleo. Su trabajo o sus posibilidades de obtenerlo siguen siendo las mismas, de modo que su situación no empeoró como consecuencia del matrimonio ni produjo aquel desequilibrio económico. El resto de las posibles circunstancias son igualmente contrarias.

SEGUNDO. - Es cierto que el hijo del matrimonio no había nacido en las fechas de presentación de la demanda ni de la sentencia. Pero es igualmente cierto que se informa que la esposa se encuentra gestante durante el juicio, fijándose incluso una fecha probable de parto, así como que, a pesar (le la denegación del recibimiento a prueba en esta segunda instancia, la parte contraria no niega ni ese hecho ni el posterior nacimiento. Con estas premisas no se acepta el fundamento quinto que deniega el derecho a alimentos por permitirlo al momento del nacimiento. Es indiscutible que sólo con el nacimiento podrán declararse el derecho y la correspondiente obligación prevista por el art. 93 CC. Pero no

puede ignorarse lo dispuesto por el art. 29 CC respecto a los momentos anteriores al nacimiento: el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean Las condiciones que favorables, siempre que nazca con expresa el artículo siguiente. El precepto es plenamente aplicable al presente caso pues se trata de un concebido, la concesión de alimentos es sin duda un efecto favorable y el derecho se condiciona al posterior nacimiento, pues la parte pide los alimentos a partir del nacimiento. No se trata por tanto de un derecho futuro sino del derecho que se le reconoce al nasciturus por el art. 29 CC sin que de su declaración en este juicio pueda derivarse indefensión alguna para el padre, quien sin duda conoce el nacimiento ya producido. En todo caso el reconocimiento del derecho se condiciona sin problema alguno al efectivo nacimiento, solución más lógica que remitir a un posterior incidente de modificación de medidas.

Sobre la capacidad económica del marido obligado al pago no se ha practicado prueba, pero sí consta por su confesión que trabaja y en principio con suficiente solvencia puesto que manifiesta que su mujer no tenía necesidad de trabajar. n base a ello y a lo dispuesto por el art 93 CC si fija una cantidad mensual de veinte mil pesetas para satisfacer los alimentos del hijo.

TERCERO. – No se hace expresa imposición de las costas de esta instancia.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación formulado por Dña. M.F.M. y revocamos la sentencia apelada en el único extremo de añadir que el marido abonará a su mujer la cantidad mensual de veinte mil pesetas en concepto de contribución para alimentos de su hijo común desde la fecha en que se acredite su efectivo nacimiento, confirmando el resto de sus pronunciamientos y sin hacer expresa imposición de las costas de esta instancia.



**Anexo 2: Sentencia nº 61/2003 de AP Toledo, Sección 1ª, 20 de febrero de 2003.**

Ponente: RAFAEL CANCER LOMA

Número de Recurso: 323/2002

Procedimiento: CIVIL

Número de Resolución: 61/2003

Fecha de Resolución: 20 de febrero de 2003

Emisor: Audiencia Provincial - Toledo, Sección 1ª

Id. vLex: VLEX-51992405

Visto el presente recurso de apelación civil, rollo de Sala número 323/02, dimanante del juicio de separación, número 52/02 del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Ocaña, en el que son partes, como apelante, el MINISTERIO FISCAL, y, como apelados, Dª Marí Jose , representada por el Procurador Sr. Mata Tizón y dirigida por el Letrado Sr. Majano Caño, y, D. Víctor, representado por la Procuradora Sra. González Montero; siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Cancer Loma, quien expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES

PRIMERO. – Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia apelada.

SEGUNDO. - En el procedimiento de referencia, el día 7 de mayo de 2002, recayó sentencia CUYO FALLO es del tenor literal siguiente: " Estimando la demanda interpuesta por los Procuradores Sr. Mata Tizón y Sra. González Montero debo decretar y decreto la separación Legal del matrimonio formado por Dª Marí Jose Y D. Víctor. Asimismo, debo aprobar y apruebo el convenio regulador de fecha veintiséis de marzo de dos mil uno y sus modificaciones. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales".

TERCERO. - Contra dicha resolución, el MINISTERIO FISCAL, interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite, presentando la parte apelada

sendos escritos de oposición a dicho recurso, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial a los oportunos efectos.

CUARTO. - Se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación, el día 11 de febrero del actual, a las 11'00 horas.

QUINTO. - En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Uno de los efectos jurídicos-procesales que genera la denominada litispendencia se traduce en la llamada "perpetuatio jurisdictionis", a tenor del cual los presupuestos de actuación de los Jueces o Tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda y contestación, aunque con posterioridad se produzca una modificación de los hechos que determine un cambio sustancial de los mismos. Dicha regla general presenta no obstante una clara excepción en los procedimientos matrimoniales en relación con los que expresamente dispone el legislador (art. 752 nº 1) que "los procesos..... se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

SEGUNDO. - En el supuesto que nos ocupa representa un dato no controvertido que la niña, inicialmente concebida y no nacida al tiempo de dictarse la sentencia apelada, ya ha nacido, representando éste un hecho nuevo alegado por la apelada determinando que de facto resulte cumplida la condición en la que el Ministerio Fiscal apoyaba su recurso, lo cual supone que el recurso carezca de utilidad en el momento presente. De otro lado, de accederse a la solicitud formulada por el Ministerio Fiscal se produciría el efecto inverso al deseado, generándose una situación de indefensión para el menor, obligando a sus progenitores a instar una modificación de las medidas que hipotéticamente pudieran fijarse en la misma, sobre la base ya del hecho cierto del nacimiento de la hija.

TERCERO. - Por último, pese a que del artículo 29 del Código Civil se deduce que el legislador instauro un sistema de protección del concebido que tiene su proyección práctica esencial en los aspectos patrimoniales y sucesorio, y que los derechos-deberes

derivados de la filiación y patria potestad no surgen sino después del nacimiento, nada impide que los cónyuges puedan proyectar lo que consideren conveniente en torno a la atribución de la guarda, régimen de visitas y alimentos del concebido y no nacido, siempre que las medidas proyectadas resulten claramente favorables al mismo, cuya aprobación y eficacia lógicamente quedaría sujeta a una condición suspensiva representada por el hecho del nacimiento; solución ésta parece más lógica que la de forzar a las partes a instar un posterior incidente de modificación de medidas, criterio igualmente el seguido por la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de 29 de febrero de 2000 que resuelve un supuesto que presenta rasgos coincidentes con el que hoy nos ocupa.

CUARTO. – Siendo estimado el recurso no procede recoger especial pronunciamiento de condena respecto de las costas de esta alzada.

#### FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia recaída en el juicio de separación número 52/02 del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Ocaña, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin especial pronunciamiento de condena respecto de las costas de esta alzada.

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

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAFAEL CANCER LOMA, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, de lo que, como Secretario de la Sala, certifico.

**Anexo 3: Sentencia nº 346/2005 de AP Alicante, Sección 4ª, 27 de Octubre de 2005.**

Ponente: MANUEL BENIGNO FLOREZ MENENDEZ

Número de Recurso: 348/20005

Procedimiento: CIVIL

Número de Resolución: 346/2005

Fecha de Resolución: 27 de Octubre de 2005

Emisor: Audiencia Provincial - Alicante, Sección 4ª

Id. vLex: VLEX-66276481

#### Resumen

PENSIÓN DE ALIMENTOS. La sentencia de separación dictada en la instancia estableció a favor del nasciturus del matrimonio litigante una pensión de alimentos a cargo del esposo, quien interpone recurso de apelación para interesar que se reduzca su cuantía. El recurso carece manifiestamente de fundamento, ya que según constante doctrina de la Sala lo fijado por el Juzgado constituye el llamado mínimo vital exigible por la relación de filiación en cualquier circunstancia, abstracción hecha de los medios económicos del otro cónyuge y de las posibilidades económicas del alimentante, incluso en situaciones probadas de carencia de ingresos. En consecuencia, procede desestimar el recurso con la imposición de costas prevista en los arts. 394-1 y 398-1 LEC. Se desestima la apelación.

#### Frases clave

La sentencia de separación dictada en la instancia estableció a favor del nasciturus del matrimonio litigante una pensión de alimentos a cargo del esposo, quien interpone recurso de apelación para interesar que se reduzca su cuantía. El recurso carece manifiestamente de fundamento, ya que según constante doctrina de la Sala lo fijado por el Juzgado constituye el llamado mínimo vital exigible por la relación de filiación en cualquier circunstancia, abstracción hecha de los medios económicos del otro cónyuge y de las

posibilidades económicas del alimentante, incluso en situaciones probadas de carencia de ingresos. En consecuencia, procede desestimar el recurso con la imposición de costas prevista en los arts. 394-1 y 398-1 LEC

#### ANTEDECENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, en los autos de juicio de Separación nº 1093/04, se dictó en fecha 11-03-05 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda, debo declarar y declaro la separación matrimonial de los cónyuges litigantes DÑA. Susana y D. Ángel Jesús, con los efectos legales inherentes a dicha declaración, decretando los siguientes:

1º.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que los cónyuges se hubieran otorgado entre sí y cesando, salvo pacto en contrario, la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2º.- El hijo nasciturus, sometido a la patria potestad de ambos progenitores, quedará bajo la guardia y custodia de la madre.

3º.- Se establece como régimen de visitas y comunicaciones con el cónyuge no custodio dos horas un día a la semana.

4º.- Se señala la cantidad de CIENTO CINCUENTA (150) EUROS en concepto de alimentos, cantidad que el padre ingresará una vez que se produzca su nacimiento, los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que a dichos efectos señale el otro progenitor, y que se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC, debiendo abonar cada progenitor el 50% de los gastos extraordinarios que pueda ocasionar el hijo.

5º.- Se atribuye el uso de la vivienda conyugal y el ajuar familiar, sitios en Alicante, CALLE000 nº NUM000 piso NUM001 a la actora y al hijo que espera.

6º.- No se aprecian motivos para imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes.

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma

prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación número 348/05, señalándose para votación y fallo el día 26-10- 05.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - La sentencia de separación dictada en la instancia estableció a favor del nasciturus del matrimonio litigante una pensión de alimentos a cargo del esposo, quien interpone recurso de apelación para interesar que se reduzca su cuantía. El recurso carece manifiestamente de fundamento, ya que según constante doctrina de la Sala lo fijado por el Juzgado constituye el llamado mínimo vital exigible por la relación de filiación en cualquier circunstancia, abstracción hecha de los medios económicos del otro cónyuge y de las posibilidades económicas del alimentante, incluso en situaciones probadas de carencia de ingresos. En consecuencia, procede desestimar el recurso con la imposición de costas prevista en los arts. 394-1 y 398-1LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

#### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Ángel Jesús, representado por la Procuradora Sra. Merino Diaz, contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, con fecha 11 de marzo de 2005 , en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , y, en su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Anexo 4: Sentencia nº 315/2003 de AP Toledo, Sección 2ª, 31 de Julio de 2003**

Ponente: ALFONSO CARRION MATAMOROS

Número de Recurso: 194/2003

Procedimiento: CIVIL

Número de Resolución: 315/2003

Fecha de Resolución: 31 de Julio de 2003

Emisor: Audiencia Provincial - Toledo, Sección 2ª

Id. vLex: VLEX-63525947

Sentencia

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 194 de 2003, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Quintanar de la Orden, en el juicio de separación núm. 212/2002, sobre separación, en el que han actuado, como apelante María Purificación, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Guerrero García y defendido por el Letrado Sr. Nieto Iniesta, y como apelados el Ministerio Fiscal y D. Mauricio, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Guerrero García y defendido por el Letrado Sr. Panduro.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. ALFONSO CARRIÓN MATAMOROS, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Quintanar de la Orden, con fecha tres de febrero de dos mil tres, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "Que estimando parcialmente la demanda y parcialmente la reconvenición formuladas por la Procuradora Dª Mª José Guerrero García y por Dª Gema Guerrero García respectivamente en representación de D. Mauricio y Dª María Purificación, debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los expresados, pudiendo fijar estos libremente sus domicilios y quedando al mismo tiempo revocados

todos los consentimientos y poderes que se hubieran otorgado mutuamente, con todos los restantes efectos legales y, en especial, los siguientes: 1) 2) Se atribuye a la esposa la guarda y custodia del hijo común que nazca, ejerciendo ambos la patria potestad compartida, siempre subordinada al efectivo nacimiento, sin fijar régimen de visitas, ni pensión alimenticia sin perjuicio de promover el correspondiente procedimiento de modificación de medidas una vez que se verifique el nacimiento. 3) 4) Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, quedando suspendida la sociedad de gananciales hasta que se produzca la firmeza de esta sentencia o se liquide voluntariamente por las partes. 5) 6) No se hace expreso pronunciamiento en cuanto a las costas."

Por auto de fecha siete de febrero de dos mil tres se acordó subsanar la omisión involuntaria padecida en el fallo de la sentencia dictada en este procedimiento, quedando en su consecuencia redactado el fallo en los mismos términos, pero añadiendo al mismo un apartado nuevo 1 bis) del tenor literal siguiente: "El uso y disfrute de la vivienda familiar, del mobiliario y del ajuar doméstico se atribuye a la esposa, en cuya compañía quedará el hijo que nazca".

SEGUNDO. - Contra la anterior resolución y por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Purificación, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, invocando por escrito sus motivos de impugnación que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, y admitido a trámite el recurso, se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La representación procesal de María Purificación y la representación procesal de Mauricio, recurren la sentencia de primera instancia en cuanto la misma no se ha pronunciado sobre la pensión solicitada para el hijo concebido, así como respecto al régimen de visitas que pudiera tener el padre, entendiendo que existe, al respecto una trasgresión del derecho a la tutela judicial efectiva.



Los recursos deben ser desestimados. La falta de tales pronunciamientos en la sentencia de instancia es conforme a derecho. Para ello se debe tener en cuenta que si bien es cierto que el nasciturus se le tiene por nacido para todo aquello que pueda beneficiarle, en el caso de autos, tanto la pensión de alimentos, así como un posible régimen de visitas, debe ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador.

Lo que realmente sorprende a la Sala es que ninguna de las dos partes recurrentes haya solicitado prueba en esta segunda instancia a fin de acreditar fehacientemente en autos el nacimiento de su hijo (una certificación de nacimiento), a fin de que de forma lógica pudiera establecerse tales medidas solicitadas, pero lo cierto es que la Sala no encuentra tampoco ninguna prueba que acredite que dicho concebido haya nacido (salvo la mera manifestación de una parte en su recurso), ni si el mismo ha nacido con los requisitos del art.30 del CC, para poder satisfacer plenamente los derechos que le corresponda.

SEGUNDO. - En méritos a lo que se acaba de exponer, procede ratificar íntegramente la resolución recurrida, con desestimación del recurso que ha sido interpuesto.

TERCERO. - No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, dada la especial naturaleza del presente procedimiento.

## FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de María Purificación y el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Mauricio, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Quintanar de la Orden, con fecha 3 de febrero de 2003 en el procedimiento núm. 212/2002, de que dimana este rollo; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia. Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Anexo 5: Sentencia nº 223/2006 de AP Barcelona, Sección 12ª, 30 de marzo de 2006**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMOSEGUNDA

ROLLO Nº 952/2005-A

GUARDA Y CUSTODIA NÚM. 182/2005

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE LOS DE VILANOVA i LA GELTRÚ

SENTENCIA Núm. 223/2006

Ilmos. Sres.

D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

D. PAULINO RICO RAJO

Dª. MARÍA JOSÉ PÉREZ TORMO

En la ciudad de Barcelona, a treinta de marzo de dos mil seis

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Décimosegunda de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Guarda y Custodia nº 182/2005, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Vilanova i la Geltrú, a instancia de Dª. Carmen, contra D. Jose Ramón; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte ACTORA contra la Sentencia dictada en los mismos el día 17 de junio de 2.005, por la Sra. Juez titular del expresado Juzgado, habiendo tenido la debida intervención El Ministerio Fiscal en la representación que la Ley le otorga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:  
"FALLO: DECIDO: ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por la

representación procesal de DOÑA Carmen CONTRA DON Jose Ramón Y LA ADOPCIÓN DE LAS SIGUIENTES MEDIDAS DEFINITIVAS:

1. LA VIVIENDA SITA EN VILANOVA i LA GELTRÚ, CALLE000 N° NUM000 , ESCALERA NUM001 , NUM002 , NUM003 SE DEBE CONCEDER AL DEMANDADO SR. Jose Ramón , MANTENIÉNDOSE LA SITUACIÓN ORDENADA EN EL AUTO DE FECHA 5 DE MAYO DE 2005.

2. Y PARA EL CASO QUE NAZCA EL HIJO CON LAS CONDICIONES DE PERSONA:

a. la patria potestad será compartida entre ambos progenitores.

b. La guarda y custodia se concede a la madre.

c. El régimen de visitas será el siguiente: teniendo en cuenta el período de lactancia, el padre tendrá derecho a ver a su hijo los fines de semana no alternos desde el sábado a las 10 horas hasta el sábado a las 14 horas, y un día entre semana desde las 14 horas hasta las 16 horas, sin perjuicio de modificar este régimen en función de la edad del hijo.

d. Se solicitará la colaboración de un Centro de Mediación de Barcelona y de los asistentes sociales de esta localidad por cuanto el demandado tiene prohibido el acercamiento a la demandante, y también teniendo presente lo resuelto en la sentencia penal definitiva dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de esta localidad.

e. El padre deberá satisfacer en concepto de alimentos la cantidad total de 150 EUROS mensuales para su hijo, que abonará por meses anticipados mediante ingreso en la cuenta bancaria que la actora señale al efecto, y dentro de los cinco primeros días de cada mes, estableciéndose como base para la actualización de tal cantidad el índice de precios al consumo que publica anualmente el Instituto Nacional de Estadística, u organismo que le sustituya, actualización que deberá producirse el uno de enero de cada año siguiente a la fecha de esta resolución.

Los gastos extraordinarios se sufragarán por mitad entre ambos progenitores.

NO SERÁ EJECUTABLE NINGUNA DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL APARTADO SEGUNDO ANTES DEL MOMENTO DEL PARTO.

PROCÉDASE AL ARCHIVO DE LA PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS PROVISIONALES, DEJANDO EN LA MISMA TESTIMONIO DE ESTA RESOLUCIÓN.

No se efectúa especial pronunciamiento sobre costas procesales".

SEGUNDO. - Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte ACTORA mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso en tiempo y forma mediante el oportuno escrito, así como El Ministerio Fiscal en igual trámite despachando el traslado conferido en los autos arriba referenciados; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO. – Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 9 de febrero de 2006.

CUARTO. - En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PAULINO RICO RAJO.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Contra la Sentencia dictada en fecha 17 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilanova i la Geltrú en el procedimiento sobre guarda y custodia y alimentos de nasciturus registrado con el nº 182/2005 seguido a instancia de Doña Carmen contra Don Jose Ramón , cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interpone recurso de apelación Doña Carmen en solicitud de que "se dicte sentencia por la que, dando lugar al recurso, se anule la recurrida, resolviendo su modificación en el fundamento de derecho quinto y en cuanto al punto 1 del fallo, con expresa imposición de costas a la adversa", a cuyo recurso de apelación se opone Don José Ramón solicitando que se "dicte en su día sentencia confirmando en todos sus extremos la dictada por el Juzgado 1 Vilanova con imposición de costas a la contraria", y el Ministerio Fiscal también se opuso al recurso de apelación "solicitando la confirmación de la resolución recurrida en todos sus fundamentos por entender que entre la apelante y el apelado no existió una convivencia análoga a la conyugal superior a 2 años, por tanto no puede hablarse de domicilio común y por tanto no debe atribuirse a Carmen ".

SEGUNDO. - Circunscrito el objeto del recurso de apelación al pronunciamiento 1 de la Sentencia de Instancia por el que se acuerda que "la vivienda sita en vilanova i la Geltrú, CALLE000 nº NUM000, escalera NUM001, NUM002, NUM003 se debe conceder al demandado Sr. Jose Ramón , manteniéndose la situación ordenada en el auto de fecha 5 de mayo de 2005 ", y que la ahora apelante pretende que le sea atribuido a ella, aduciendo como base de dicha pretensión, en esencia, que "el interés de mayor protección es el del nasciturus", en orden a su resolución ha de señalarse que, según se deriva de la prueba de interrogatorio de partes practicada en el acto de la vista, los ahora litigantes se conocieron en fecha 7 de enero de 2003 según manifestó la demandante-apelante (en enero dijo el demandado apelado) en la Lavandería Industrial del Garraf cuando ella empezó a trabajar en dicha empresa en la que ya llevaba tiempo (unos siete años dijo la demandante) trabajando el Sr. Jose Ramón , que empezaron a salir juntos el 15 de enero del mismo año y que decidieron irse a vivir juntos un mes o mes y medio después -instalándose en una vivienda propiedad del demandado- sita en Vilanova i la Geltrú, CALLE000 nº NUM004, NUM002NUM003 según aduce en el hecho segundo de la demanda, manifestando también en dicha prueba de interrogatorio de parte que la convivencia se inició un mes antes de abril o mayo de 2003 que señaló el demandado (por cuanto se da la circunstancia de que estuvo presente en la sala del juzgado durante el interrogatorio del demandado), fechándola la demandante en un mes antes de mayo de 2003, con lo que de dichas declaraciones de parte procede dar como probado que la convivencia estable como pareja se inició en dicho mes de abril, y duró dicha convivencia, con altibajos según manifestó la propia demandante-apelante, hasta el 28 de febrero de 2005, con lo que resulta evidente que no se ha cumplido el requisito de convivencia marital, como mínimo, durante un período ininterrumpido de dos años que para que sea de aplicación las disposiciones relativas a la unión estable heterosexual prevé el artículo 1 de la Ley 10/1998, de 15 de julio (Parlamento de Cataluña), de Uniones Estables de Pareja, lo que viene corroborado, además, por lo manifestado en la prueba testifical por la testigo Sra. Carmen , madre de la demandante, que manifestó que su hija y el demandado han roto la relación varias veces, que la primera vez estuvieron un año y cortaron, que el año pasado por esta fecha (refiriéndose a la fecha en la que se celebró la vista) volvieron a cortar y a los pocos meses, a los cuatro meses de haber cortado, volvieron a vivir juntos otra vez.

Y no obstante disponer la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 7 , en cuanto a la comparecencia en juicio y representación, que "por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legalmente los representarían si ya hubieren nacido", y prever el artículo 29 del Código Civil que "el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente", esto es, "que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno" (artículo 30 Código Civil ), no habiendo la demandante-apelante puesto en conocimiento de la Sala el acaecimiento del parto aunque manifestó en el acto de la vista que el mismo estaba previsto para Septiembre, no obstante ello, se dice, es lo cierto que, aún dichas previsiones legales en cuanto al concebido y no nacido, que lo que contemplan son los efectos que puedan resultar o ser favorables para el nasciturus si llega a nacer con los requisitos legalmente previstos, entre esos efectos no figura la atribución a su favor de la vivienda común de sus progenitores mientras duró la convivencia, por cuanto debe tenerse en cuenta que el artículo 83.2.a) del Código de Familia respecto a la atribución del uso de la vivienda si hay hijos sujetos a la patria potestad, contempla su atribución, preferentemente, no necesariamente, al progenitor que tenga atribuida su guarda por lo que carece de transcendencia, a los efectos de la resolución de lo que es objeto de la apelación, que por el hecho de que la ahora apelante quedara embarazada durante la convivencia (que se rompió durante la gestación y no tuvo la duración mínima legalmente prevista) pueda ser o no de aplicación la normativa relativa a las Uniones Estables de Pareja que, por otra parte no prevé nada sobre la atribución de la vivienda común, sin que el hecho de quedar embarazada la mujer durante la convivencia, rota durante la gestación, se erija en motivo suficiente para privar del derecho de uso al propietario de la vivienda, y, consiguientemente, procede la desestimación del recurso de apelación.

TERCERO. - Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al que expresamente se remite el artículo 398.1 del mismo texto legal, al desestimarse el recurso de apelación, procede imponer las costas causadas por el mismo a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Doña Carmen contra la Sentencia dictada en fecha 17 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilanova i la Geltrú en el procedimiento sobre guarda y custodia y alimentos de nasciturus registrado con el nº 182/2005 seguido a instancia de Doña Carmen contra Don Jose Ramón, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha Sentencia. Y con condena en las costas causadas por el recurso de apelación a la parte apelante.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

**Anexo 6: Sentencia nº 553/2016 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 20 de septiembre de 2016**

Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER

Número de Recurso: 3217/2015

Procedimiento: Casación

Número de Resolución: 553/2016

Fecha de Resolución: 20 de Septiembre de 2016

Emisor: Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil

Id. vLex: VLEX-649968861

Resumen

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. CUSTODIA COMPARTIDA. PERNOCTA HIJOS. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones

incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana. Se desestima el recurso de casación.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de septiembre de 2016 Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de Modificación de Medidas Definitivas n.º 14/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Algeciras; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Anselmo, representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Concepción Tejada Marcelino; siendo parte recurrida doña Ofelia, representada por la procuradora de los Tribunales doña María Leocadia García Cornejo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - 1.- El procurador don Carlos Villanueva Nieto, en nombre y representación de don Anselmo, interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Ofelia, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

(...) se dicte sentencia por la que se modifique la resolución dictada en fecha 23 de Marzo de 2010 por este Juzgado, acordando la guarda y custodia de la menor hija Inmaculada de forma compartida de la siguiente forma:

1. El padre podrá tener consigo a su hija Inmaculada los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente, martes y jueves, respectivamente, a la hora de entrada al mismo donde deberá reintegrarla. Los fines de semana alternos de cada mes desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que la reintegrará al centro escolar en el horario de entrada.

»2. Las vacaciones escolares de verano, Semana Santa, Navidad y Semana de Feria, así como el régimen de comunicaciones y recogida por los abuelos paternos o maternos,



permanecerán de la misma forma pactada en el convenio de divorcio aprobado y como hasta la fecha se ha venido desarrollando.

»3. Se adopten las restantes medidas inherentes a dicho pronunciamiento interesadas en el hecho Tercero de la demanda relativas a la patria potestad compartida, comunicaciones y demás obligaciones sobre la menor.

»4. Cada progenitor asumirá los gastos de alimentación de la menor en sentido amplio en los periodos en que la tengan consigo, siendo satisfechos por mitad entre ambos, los gastos extraordinarios, teniendo esta consideración aquellos médicos o quirúrgicos y farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, o seguro privado de los padres, los de inicio de curso escolar como libros, matrículas, material, uniformes y ropa deportiva exigida en su caso por el centro donde la hija curse sus estudios, APA, cuotas por aportación anual, que serán abonados en el momento de su devengo. Asimismo, aquellas clases de apoyo o particulares que puedan necesitar la hija siempre que estén recomendadas por el profesor o tutor o así lo decidan ambos padres, y en definitiva todos aquellos que puedan repercutir en su formación integral y bienestar. Cualquier otro gasto que pudiera surgir con dicho carácter extraordinario, deberá ser previamente notificado y consensuado entre ambos progenitores.»

2. - Por decreto de 14 de enero de 2014 se acordó admitir a trámite la demanda sustanciarse la misma por los trámites del juicio verbal. Dándose traslado de dicha demanda para su contestación, la representación procesal de doña Ofelia contestó la mencionada demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

(...)desestime íntegramente la demanda formulada por D. Anselmo, con expresa imposición de costas a la contraria.

3. - Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Algeciras, dictó sentencia con fecha 28 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Don Anselmo contra Dña. Ofelia, se mantienen las medidas contenidas en convenio regulador de 25 de enero del 2010, aprobado por sentencia de divorcio de 23 de marzo de 2010, con la única salvedad de establecer que la custodia se ejercerá en forma compartida, desarrollándose en la forma por dicho convenio establecida como régimen de visitas, sin hacer expresa declaración sobre costas causadas.

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Anselmo, y sustanciada la alzada, la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

Que desestimando en el recuso de apelación interpuesto por DON Anselmo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de los de Algeciras, en fecha 8 de octubre de 2014, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, sin efectuar especial en costas.

TERCERO. - Contra la sentencia de segunda instancia, el demandante D. Anselmo interpuso recurso de casación ante el tribunal sentenciador. Los motivos del recurso los siguientes:

»1. Por vulneración del artículo 92 CC presentando interés casacional la resolución del recurso por contradecir la doctrina del Tribunal Supremo.

»2. Por infracción del artículo 92 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y artículo 39 CE, al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio del interés del menor, con oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

CUARTO. - Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 2 de marzo de 2016. La parte recurrida presentó escrito de oposición planteando con carácter previo que el recurso era inadmisibile e interesando, en cualquier caso, su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO. - Por providencia de 1 de julio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 13 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Las partes -el demandante D. Anselmo y la demandada D<sup>a</sup>. Ofelia - han venido rigiéndose desde su divorcio, como destaca la sentencia recurrida, tanto en el orden personal como en el material o económico, por las medidas pactadas entre ambos y sometidas a consideración judicial, que fueron aprobadas por la sentencia de 23 de marzo de 2010. En cuanto a la hija común, Inmaculada, nacida el NUM000, acordaron que continuara «bajo la guarda y custodia de su madre y sujeta a la patria potestad de ambos cónyuges, quienes la ejercerán conjuntamente, tomando de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarle», estableciéndose un sistema amplio y flexible de comunicaciones, visitas y estancias con el padre en el cual ambos progenitores se implicaban expresamente acordándose contactos intersemanales «todos los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta las ocho de la tarde»-- así como fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes hasta las ocho de la tarde del domingo, extensibles en caso de puente escolar coincidente con la estancia. Se fijaba también a cargo del padre y para la menor, una pensión alimenticia mensual de 400 euros -doble cantidad en marzo, junio, septiembre y diciembre- así como la asunción por cada uno de los progenitores del 50% de los gastos extraordinarios.

En la demanda de modificación de medidas, el padre solicitó 1) Que la guarda y custodia compartida sobre la menor hija se desarrolle de forma igualitaria en cuanto al reparto de tiempos de estancia entre ambos progenitores, pudiendo tenerla el padre consigo los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente, martes y jueves, respectivamente, a la hora de entrada al mismo, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en el horario de entrada al centro escolar, o semanal si así se estimase procedente, manteniéndose en cuanto a las vacaciones escolares de verano, Semana Santa, Navidad y Semana de Feria, el mismo régimen pactado en el convenio de divorcio aprobado en su día; 2) Que se adopten las restantes medidas inherentes a dicho pronunciamiento relativas a la patria potestad compartida, comunicaciones y demás obligaciones sobre la menor; 3) Que cada progenitor deba

asumir los gastos de alimentación de la menor en sentido amplio en los períodos en que la tengan consigo, siendo satisfechos por mitad entre ambos los gastos extraordinarios, teniendo esta consideración aquellos médicos o quirúrgicos y farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, o seguro privado de los padres, los de inicio de curso escolar como libros, matriculas, material, uniformes y ropa deportiva exigida en su caso por el centro donde la hija curse sus estudios, APA, cuotas por aportación anual, clases de apoyo o particulares que puedan necesitar la hija siempre que estén recomendadas por el profesor o tutor o así lo decidan ambos padres, y en definitiva todos aquellos que puedan repercutir en su formación integral y bienestar. Cualquier otro gasto que pudiera surgir con dicho carácter extraordinario, habría de ser previamente notificado y consensuado entre ambos progenitores.

La sentencia de primera instancia, entiende que no hay variación de circunstancias que justifique la modificación de las medidas adoptadas, ni alegación del superior beneficio para la menor del cambio de medidas solicitado por el padre, pero estima parcialmente la demanda, manteniendo la situación creada por el convenio regulador de 25 de enero de 2010, aprobado por sentencia de divorcio de 23 de marzo de 2010, con la única salvedad de establecer que la custodia se ejercerá de forma compartida, desarrollándose en forma establecida en el convenio como régimen de visitas, sin hacer expresa declaración sobre costas causadas.

Interpuesto recurso de apelación por el padre demandante, la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 5.ª), si bien pone en cuestión ese cambio de «nombre» en el régimen de custodia entiende que la «custodia compartida» declarada, como no ha sido objeto de impugnación en el recurso de apelación del padre ni recurrida en apelación por la madre ni por el Ministerio Fiscal, queda fuera del ámbito de decisión de la sala. Confirma la sentencia dictada en primera instancia, entendiendo que no concurren los requisitos necesarios para la modificación de las medidas: a) Variación o cambio respecto a la situación existente; b) que sea sustancial y c) que se trate de hechos posteriores a los ya enjuiciados. El avance de edad de la menor podía haber sido previsto al concertar el convenio y las circunstancias de trabajo de la progenitora no limitan ni interfieren en sus posibilidades de atención a la menor.

Contra dicha sentencia se ha recurrido en casación por la parte demandante que, en el «suplico» de su escrito de interposición, solicita que se case la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se acuerde según lo solicitado en la demanda y, subsidiariamente, que la pensión alimenticia a favor de la hija quede reducida a la suma de 200 euros mensuales en los periodos en que la madre la tenga bajo su custodia.

Recurso de casación.

SEGUNDO. - El motivo primero se formula por vulneración del artículo 92 CC , presentando interés casacional la resolución del recurso por contradecirse la doctrina del Tribunal Supremo. En el desarrollo del motivo cita la doctrina jurisprudencial de esta sala según la cual no es necesario un cambio sustancial de circunstancias, pues el simple cambio de orientación jurisprudencial y de la regulación legal puede entenderse como alteración sustancial de las circunstancias que permite el cambio de custodia de exclusiva a compartida (SSTS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2637/2012 y 22 de octubre de 2014, Rec.164/2014).

La primera de dichas sentencias declara que en la actualidad no se hace necesario un cambio de circunstancias sustancial para poder solicitar una custodia compartida, pues el simple cambio de orientación jurisprudencial y de la regulación legal puede entenderse como una alteración sustancial de las circunstancias que permite el cambio del régimen de custodia.

Se dice en dicha sentencia que:

A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art 91 del CC) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional y de la que esta Sala se ha hecho eco hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional unido a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los Tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculado al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complemento de todo ello es la reforma del código civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca al interés del menor. Desde que la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el

artículo 92 CC para introducir en nuestro ordenamiento el sistema de custodia compartida ha sido incesante la evolución social y jurisprudencial hacia la consideración de la normalidad de la adopción de un sistema de custodia compartida de los hijos menores tras la crisis matrimonial o ruptura de la pareja. Se ha ido abandonando la idea de que lo excepcional es la custodia compartida frente a la tradicional atribución exclusiva de la custodia a un progenitor con derecho de visita a favor del no custodio, y ello pese a la literalidad del propio artículo 92.8 CC (SSTS 25 abril 2014, 19 julio 2013, 29 abril 2013 o aun antes, en SSTS 7 julio 2011 y 22 julio 2011).

La guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio del menor la desigualdad de los progenitores que, manteniendo por igual la patria potestad, sin embargo, se ven privados de la custodia, que se atribuye en exclusiva a uno de ellos con el normal establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro. Lógicamente el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no sólo sea beneficioso para el menor, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual. En el caso presente lo propuesto en la demanda no puede ser considerado como una custodia compartida, aunque dicha denominación haya sido otorgada por las sentencias dictadas por el Juzgado y la Audiencia, sino que ha de estimarse como una ampliación del régimen de visitas a favor del padre. Lo vinculante, como integrado en el concepto de cosa juzgada material (artículo 222 LEC), no es la denominación del régimen (en este caso «custodia compartida») sino el concreto alcance de lo resuelto acerca de la custodia y la forma en que se ha de llevar a cabo. De ahí que no puede argüirse con éxito que, declarada la custodia compartida, habría de entenderse acordado en todo caso dicho régimen con adopción de las medidas oportunas y adecuadas para una custodia conjunta, sino que se ha de atender al beneficio del menor según lo acordado.

En este sentido lo propuesto por la demanda puede afectar sin duda negativamente a la estabilidad de la menor Inmaculada que, en una semana, pernoctaría dos días alternos en el domicilio de cada uno de los progenitores, lo que sin duda llevó a la sentencia impugnada a decidir que lo mejor para dicha menor era continuar por ahora con el régimen establecido en el convenio que supone un amplio régimen de visitas.

Esta sala, abordando una situación similar a la ahora planteada, ha dicho en reciente sentencia de 3 mayo 2016 (Rec. 1099/2015) lo siguiente: «Si se atiende a las necesidades

intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana».

Por ello no cabe considerar que se ha producido infracción del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y artículo 39 CE, puesto que no ha vulnerado el principio de interés superior del menor.

TERCERO. – Desestimado el recurso, procede condenar al recurrente al pago de las costas del mismo por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 con pérdida del depósito constituido.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Anselmo contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2015 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en el recurso de apelación 46/2015. 2.º- Confirmar dicha sentencia. 3.º- Condenar a dicho recurrente al pago de las costas causadas por su recurso con pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

**Anexo 7: Sentencia nº 59/2016 de AP Córdoba, Sección 1ª, de 8 de febrero de 2016**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION PRIMERA - CIVIL

Pza.de la Constitución s/n

Tlf.: 957.745.076 - 600.156.208 - 600.156.218 - Fax: 957.00.23.08

N.I.G. 1402142C20150005653

Recurso de Apelación Civil 1091/2015 - CC (LEG 1889, 27)

Autos de: Familia. Divorcio Contencioso 599/2015

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº3 DE CORDOBA

S E N T E N C I A Nº 59/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente: D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ

Magistrados:

Dª CRISTINA MIR RUZA

D. MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES

En Córdoba, a ocho de febrero de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por D. Mariano representado por el Procurador Dª Maria Virtudes Garrido López, bajo la dirección jurídica del Letrado Dª Maria Dolores Azaustre Garrido; siendo parte apelada Dª Sabina , representada por el Procurador Dª Cristina Bajo Herrera, bajo la dirección jurídica del Letrado D. Fernando Bajo Herrera y, en los que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL.



Es Ponente del recurso D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO. - El día 4 de Junio de 2015, el Juzgado referido dictó sentencia cuyo Fallo establece:

"Que estimando parcialmente la demanda de divorcio presentada por la Procuradora de los Tribunales D. <sup>a</sup> Cristina Bajo Herrera, en nombre y representación de D. <sup>a</sup> Sabina frente a D. Mariano debo declarar y declaro disuelto a efectos civiles por divorcio el matrimonio que ambos contrajeron, acordando como medida inherente la disolución del régimen económico del matrimonio y la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges se hubiesen otorgado adoptando las siguientes medidas reguladoras de la crisis matrimonial:

- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos matrimoniales a la madre siendo el ejercicio de la patria potestad compartido entre ambos progenitores.

- el padre podrá estar con los menores dos tardes en semana, martes y jueves, tal y como viene haciendo hasta ahora, desde la salida del colegio o, en su caso, desde la salida de las clases extraescolares hasta las 20:00 horas en horario de invierno y las 21:00 horas en horario de verano. Y los fines de semana alternos, desde viernes a la salida del colegio o, en su caso, a la salida de las clases extraescolares, hasta el domingo a las 20:00 horas en horario de invierno y las 21:00 horas en horario de verano. Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los hijos, se considerará éste período agregado al fin de semana y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana.

En cuanto a las vacaciones se distribuirán por mitad entre ambos progenitores de modo que:

Vacaciones de Navidad: los años impares la madre tendrá a los niños en la primera mitad, que corresponde desde las 17:00 horas del primer día de vacaciones hasta las 17:00 horas

del día 31 y el padre desde esa fecha y hora, hasta el último día de vacaciones a las 17:00 horas al año siguiente se distribuirán a la inversa.

Vacaciones de Semana Santa: los años pares el padre tendrá a los hijos desde las 17:00 horas del primer día de vacaciones hasta las 17:00 horas del Miércoles Santo, y la madre desde esa fecha y hora hasta el último día de vacaciones; al año siguiente se distribuirán estas vacaciones a la inversa.

Vacaciones de Verano: este período comprenderá los meses de julio y agosto y se distribuirán en dos períodos:

1.- Primer período: primera quincena de julio, primera quincena de agosto. Del día 1 de julio a las 11:00 horas hasta el día 16 de a las 21:00 horas y desde el día 1 de agosto a las 11:00 horas, hasta el 16 de agosto a las 21:00 horas.

2.- Segundo período: segunda quincena de julio y segunda quincena de agosto. Del día 16 de julio a las 21:00 horas hasta el 1 de agosto a las 11:00 horas y desde el día 16 de agosto a las 21:00 horas hasta el día 1 de septiembre a las 11:00 horas.

Corresponderá el primer período a la madre y el segundo al padre en los años impares y a la inversa en los años pares.

Durante estos períodos de vacaciones se interrumpen las estancias intersemanales, antes acordadas.

Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con sus hijos con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de los menores, y para el caso de que por vacaciones o en los fines de semana se marcharan fuera de su lugar de residencia habitual, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que los menores efectúen la pertinente llamada telefónica

- La atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, sito en CALLE000 número NUM000, portal NUM001 , NUM002 y del ajuar doméstico a los menores y a la madre, por ser la cónyuge que ostenta la guarda y custodia.

- D. Mariano abonará en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 300 euros mensuales para cada uno de los hijos menores de edad. Dicha cantidad será satisfecha por

mensualidades adelantadas, entre los días 1 a 5 de cada mes y se actualizará anualmente, el primero de enero de cada año, de acuerdo con la variación que experimente el IPC que publique el INE o estadística que le sustituyera legalmente para la actualización de los precios al consumo.

- Los gastos extraordinarios que pudiera tener el menor, serán satisfechos al 50% por ambos progenitores los gastos de carácter medico-sanitario no cubiertos por la seguridad social o compañía médica a la que pertenecieran los progenitores, igualmente el pago de actividades escolares que tengan concepto de gasto extraordinario se abonarán en el mismo porcentaje, el resto de gastos serán abonados al 50% por ambos progenitores previo acuerdo consensuado por ambos progenitores, y que en el caso de que no haya acuerdo deberán acudir al procedimiento judicial establecido al efecto, salvo que se trate de gastos que tengan el carácter de urgente. El progenitor que sin contar con el consentimiento expreso del otro decida hacer un gasto extraordinario deberá abonarlo en su integridad.

Todo ello sin especial condena en costas."

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada con base en la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado por el término legal del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal que se opusieron, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo.

Admitida prueba en esta segunda instancia se celebró la correspondiente vista el 1 de febrero de 2016.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta parcialmente la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.

PRIMERO. - Se iniciaron estos autos en virtud de demanda de divorcio deducida, en fecha 25 de marzo de 2015, por doña Sabina frente a don Mariano; como es el caso, que fruto de dicho matrimonio fue el nacimiento de tres hijos (Jesús Carlos y Agapito, nacidos el NUM003 de 2008; Bernardino, nacido el NUM004 de 2013 -certificaciones de nacimiento unidas entre los folios 14 y 20 de las actuaciones-) y la sentencia dictada en

primera instancia atribuye a doña Sabina la guarda y custodia de los mismos; ha terminado aconteciendo, que frente a dicha resolución interpone don Bernardino el presente recurso de apelación.

Dando aquí por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia apelada (por cuanto en los mismos se hace una adecuada condensación de las encontradas posturas que las partes mantuvieron y del devenir procesal de la primera instancia), se ha de comenzar remarcando, que el debate en esta alzada nuclearmente gira en torno al régimen de custodia y guarda, pues frente a la respuesta ofrecida en la sentencia apelada, don Bernardino reitera en su recurso la procedencia del régimen de custodia compartida.

SEGUNDO. - Como la cuestión no es novedosa para este Tribunal, se considera conveniente indicar la postura que la Sala tiene asumida a la luz de la jurisprudencia del T.S., SS, entre otras, de 25 y 29 de noviembre de 2013, 30 de octubre de 2014 y 16 de febrero de 2015. Jurisprudencia, que es exponente, y así lo entendimos en sentencia de 2 de julio de 2015, de que el régimen de custodia compartida debe ser la norma general, de forma que sólo se excluiría su aplicación cuando exista una circunstancia que razonablemente lo justifique; esto es, en la medida que el régimen de custodia compartida sea incompatible con el prevalente interés del menor.

Abundando en estas consideraciones, exponía este Tribunal en sentencia de 1 de octubre de 2014:

"... se ha de señalar, según se desprende de la jurisprudencia encarnada en SS del T.S. de 19 de julio, 29 de noviembre y 17 de diciembre de 2013 y 25 de abril de 2014, que la finalidad de la custodia compartida es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva "aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos". Y es, que el interés del menor" exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en el marco de la normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro,

termina por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquél".

En suma, tal y como indica la citada sentencia de noviembre de 2013, con cita expresa de la de 29 de abril de 2013, la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de un sistema de guarda y custodia excepcional (la expresión "excepcional" a que se refiere el inicio del párrafo 8 del art. 92, tal y como expresa la S.T.S. de 22 de julio de 2011, debe de interpretarse en relación con el párrafo cinco del propio artículo, y, por tanto, "aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla"), 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Pues bien, sobre dicha base, la cuestión se traduce en analizar si la sentencia apelada se sustenta en válidas razones para eludir dicha regla general y adoptar en favor de la madre la custodia monoparental que aquí se combate por el padre.

TERCERO. - En este sentido, y sin perjuicio de remarcar que la sentencia apelada adecuadamente parte de la jurisprudencia abstractamente relativa al caso, sin embargo, tal y como sustancialmente se denuncian en el recurso, no valora adecuadamente las concretas circunstancias del mismo y, por ende, termina no resultando conforme con el prevalente interés del menor.

Las concretas razones que a juicio de la Sala sustentan dicha conclusión son las siguientes:

A) Es cierto, tal y como mayoritariamente respalda la jurisprudencia, que el " interés superior del menor " es un concepto jurídico indeterminado; pero también es cierto, que el relativismo que encierra dicha conclusión debe de conducir a un estudio personalizado de cada caso para poder emitir una resolución que proteja al menor en cuestión o, dicho de otro modo, a la concreción y defensa del derecho del niño según las circunstancias de cada caso.

En este sentido se debe de tener en cuenta, que la Observación General 14 (aprobada el 29 de mayo de 2013) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, se centra en integrar de contenidos concretos fundamentales la noción interés superior del menor; siendo de significar, en el ámbito de las relaciones con sus padres, que la referida Convención reconoce al niño "el derecho a conocer a sus padres y a ser criado por ellos" (art. 7) y el derecho de los niños a que "no sean separados de sus padres" (art. 9).

Línea de concreción del derecho del niño que se proyecta sobre la reciente modificación que L.O. 8/2015 (RCL 2015, 1136) ha efectuado del art. 2 de L.O. 1/1996 ( RCL 1996, 145 ) de Protección Jurídica del Menor; de forma que, tras sentar como principio general que "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerando como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado", señala como criterios para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, amén de los establecidos en la legislación específica, los que puedan estimarse adecuados a las circunstancias concretas del supuesto, entre ellos:

- Satisfacción de las necesidades básicas emocionales y afectivas.
- Que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado.
- Preservación del mantenimiento de relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor.

Sobre tales postulados no cabe duda del primigenio y derecho superior del menor de crecer armoniosamente con un padre y una madre dentro de una familia y en el seno de un mismo hogar; pero cuando ello no es posible por causa de la separación de los progenitores, tampoco cabe duda de que la custodia compartida puede ser la situación ideal para el menor, pero ello bajo la condición de que esa nueva situación sea lo mas parecida a una prolongación de la convivencia real y efectiva en familia porque se da la cooperación de ambos progenitores en la búsqueda y materialización del bien objetivo del menor por encima de sus diferencias personales.

B) Resalta la sentencia apelada (y no son objeto de controversia en esta alzada, ni se aprecia motivo alguno para que este Tribunal pueda disentir de ello) dos extremos:

- Que no se pone en duda la idoneidad del padre para asumir la guarda y custodia de los hijos.
- Que existe un respeto mutuo en la relación entre los cónyuges pese a la situación de crisis matrimonial.

C) Los motivos o razones en los que la resolución apelada se basa para la exclusión del régimen de custodia compartida sustancialmente son:

1º.- La practica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores (desde el nacimiento de los hijos ha venido siendo la madre quien se ha ocupado de la organización de la vida de los menores).

2º.- La corta edad de uno de los hijos (Bernardino, nacido el NUM004 de 2013).

3º.- El horario laboral de ambos progenitores.

4º.- Dificultades actuales para dar comienzo al régimen de custodia compartida (don Mariano no dispone de forma inmediata de un domicilio y no cuenta con apoyo familiar en esta ciudad para el cuidado de los menores).

Pues bien, no comparte la Sala que tales circunstancias efectivamente supongan el obstáculo que la juzgadora de instancia advierte, pues ciertamente, tal y como pone de relieve la parte apelante, existen factores o circunstancias que, adecuadamente valoradas, sustancialmente evaporan dichos óbices.

En este sentido es de señalar:

1º.- Es cierto, tal y como afirma la sentencia apelada tras valorar determinado testimonio, que doña Sabina "llevaba el timón de la casa"; pero ello no puede obviar ni la colaboración mas o menos intensa desplegada por don Mariano (téngase presente la documental unida a los folios 114, 115, 116, 118, 120, 209 y 225, expresiva de que don Mariano asistía de manera habitual a las tutorías de sus hijos cuando era citado para ello y de que en varias ocasiones acompañaba a su esposa a las consultas clínicas de los hijos),

ni tampoco, y esto es lo relevante, que el papel o rol libremente convenido y desarrollado por los padres en el seno familiar pueda ser ulteriormente aceptado como impedimento para la adopción del sistema de custodia compartida (así deriva de las consideraciones que analógicamente pueden extraerse del fundamento séptimo de la S.T.S. de 21 de octubre de 2015 con apoyo en la precedente Sentencia de 29 de noviembre de 2013; lo contrario, tal y como pragmáticamente indica el recurrente, será vedar, una vez rota la familia, la posibilidad de una nueva reestructuración familiar).

2º.- Es cierto, que uno de los concretos derechos que integran el interés superior del menor viene marcado por la legislación específica que supone el art. 92,5 del C.c., concretamente el derecho del menor a no ser separado de sus hermanos; y es cierto, cuando de un menor lactante se trata, que la especial dependencia del mismo puede ser considerada como óbice temporal a un sistema de pernoctas con el padre y, por ende, a un sistema de custodia compartida; pero no es menos cierto, que dicho límite inferior impuesto por naturales y obvias razones, aquí no concurre.

No cabe duda, de que la edad de los menores es un elemento a tener en cuenta a la hora de optar por el sistema de custodia compartida y de que dicha circunstancia puede ser subjetivamente valorada de forma diversa, pero lo cierto es que incluso estando en dicho periodo de lactancia materna, ha habido resoluciones, tales como la S.A.P. de 19 de junio de 2013, que han optado por el sistema de custodia compartida cuando dicha lactancia estaba inmediateamente próxima a su finalización.

En relación a esta cuestión, expresó este Tribunal en sentencia de 28 de abril de 2014, "que es criterio usual cuando se trata de menores de corta edad, que la guarda y custodia de los mismos se atribuya a la madre..., pero no es menos cierto que la corta edad de los hijos no es suficiente, per se, para efectuar la atribución de la guarda y custodia a la madre, pues siempre deben de valorarse otras circunstancias, y es el conjunto de todo ello lo que debe de alumbrar el criterio de atribución como forma de concretar en cada caso el principio rector antes referido".

Pues bien; si a lo anterior le añadimos, que la sentencia apelada establece a favor del padre un amplio régimen de visitas y estancias que no excluye la pernocta del referido menor junto con sus hermanos (amen de martes y jueves por la tarde; se fijan fines de semana alternos, desde el viernes



a la salida del colegio... hasta el domingo agregado al fin de semana el eventual día de puente, y las vacaciones se distribuyen por mitad entre ambos progenitores, de forma que incluso ante la petición del apelante de extender el régimen vacacional de julio y agosto a los días vacacionales de junio y septiembre, la parte apelada manifestó "no nos oponemos a que se computen las vacaciones de verano desde el inicio de las vacaciones escolares en junio hasta el día anterior al comienzo del curso escolar, porque en ningún momento es voluntad de la madre recortar, obstaculizar o impedir la relación paterno-filial" -escrito presentado en fecha 25 de junio de 2015, unido al folio 402-); la consecuencia, mal puede ser distinta a la antes anticipada.

Por un lado, porque desde el dictado de la sentencia de primera instancia ya han transcurrido más de siete meses y este es un dato significativamente relevante a tener actualmente en cuenta ex art. 752 de Lec; por otro lado, porque, tal y como ha afirmado la S.T.S. de 21 de octubre de 2015, al contemplar la problemática de los menores de corta edad, "... si la edad de los menores no desintensiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida".

3º.- Del horario laboral de don Mariano no sólo destaca que al ser autónomo despliegue junto a sus socios un esfuerzo "brutal" para sacar adelante la empresa, sino también una libertad de horario que no le impide atender adecuadamente a los menores para luego, eventualmente, realizar alguna compensación laboral en aquellos periodos que no conviva con los mismos máxime cuando no consta oposición al respecto por parte del socio en cuestión.

3º. Consta que en fecha 22 de mayo de 2015, don Mariano ha adquirido una vivienda en AVENIDA000 de Córdoba (escritura de préstamo hipotecario de dicha fecha unida al folio 143 y ss); igualmente consta (documental unida al rollo de sala) que en fecha 27 de diciembre de 2005 se ha expedido factura por razón de la reforma integral de la misma.

Pues bien, dicha circunstancia, actualmente valorable conforme al citado art. 752, excluye el correspondiente obstáculo; y si bien es cierto, que don Mariano, al ser natural de Galicia, no cuenta en la ciudad de Córdoba con apoyo familiar para atender a los menores en puntuales casos de necesidad, ello no excluye la búsqueda y efectiva obtención de apoyos semejantes ni, en ningún caso, permite prejuzgar de forma intuitiva la mayor o menor dificultad que encuentre al respecto.

D) En suma; estamos ante dos progenitores idóneos; que mantienen entre si el adecuado respeto personal; que ambos tienen domicilio relativamente próximo en esta ciudad; y que ambos desarrollan una vida profesional.

En dicha tesitura, tal y como antes quedó anticipado, procede estimar el recurso y establecer el sistema de custodia compartida respecto de los tres hijos del matrimonio, pues, tal y como reiteradamente ha afirmado el T.S. y reitera la citada Sentencia de 21 de octubre de 2015, dicho sistema:

- Fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando innecesarios desequilibrios en los tiempos de presencia.
- Evita el sentimiento de pérdida.
- No cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- Estimula la cooperación de los padres en beneficio del menor.

CUARTO. - Llegados a este punto, se ha de señalar, que la asignación de los tiempos de la estancia es una consecuencia de que se comparte la custodia, pero la distribución de los periodos obedecen a las circunstancias concretas del caso; de forma, tal y como señalaron S.A.P. de La Rioja de 18 de enero de 2013 y S.A.P. de Barcelona de 2 de Octubre de 2013, que la custodia compartida no tiene necesariamente que conllevar un reparto igualitario del tiempo de convivencia.

Sobre dicha base, y teniendo presente la mudable variación que pudieran eventual y transitoriamente sufrir alguna de las circunstancias del caso, es por lo que, siguiendo el criterio adoptado por la citada Sentencia de 21 de octubre de 2015, se considera conveniente fijar, con carácter prevalente que el reparto de tiempo se haga, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo se establece que el reparto de tiempo de custodia sea semanal, siendo el día de intercambio el lunes; día en el que el progenitor que ostenta la custodia dejará a los menores en el centro escolar (o si Mariano siguiera sin asistir a guardería o clase, en

el domicilio del otro progenitor), haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

Si el lunes fuese festivo, el día de intercambio será el martes.

Durante la semana que corresponda al padre la custodia, doña Sabina podrá estar con los menores las tardes de lunes y miércoles, desde la salida del colegio (o en el caso de Mariano desde las 17 horas) hasta las 20:30 horas. Durante la semana que corresponde a la madre la custodia, don Mariano podrá estar con los menores las tardes de martes y jueves en igual horario y condiciones.

Los periodos vacacionales de verano (que no sólo incluye julio y agosto, sino también los días no lectivos de junio y septiembre), Semana Santa y Navidad, se distribuirán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.

Durante el periodo vacacional de verano, el progenitor que durante uno de los periodos no ostente la custodia, podrá estar con los menores dos tardes por semana desde las 18 horas a las 22 horas; si en este aspecto no hubiese acuerdo, los días de esas visitas serán martes y jueves.

Se establece el anterior régimen de custodia conjunta con alternancia semanal, y las dos tardes sin pernocta para el que no tenga la custodia esa semana, porque se considera que favorecerá la aconsejable estabilidad de la rutina de los niños manteniendo la posibilidad de contacto mas frecuente con ambos progenitores, a cuya buena voluntad y racional consenso queda en gran medida supeditado el éxito del referido régimen, de forma que ante una eventual y no deseable controversia futura por otorgar primacía a intereses propios y no al interés superior de los menores, la conducta del progenitor injustificadamente obstrativa al mismo constituirá un significativo elemento valorativo respecto de cualquier modificación que procediera hacer.

QUINTO. - Tanto doña Sabina como don Mariano desarrollan la profesión de arquitectos técnicos, y aunque aquella trabaja como funcionaria y este en la esfera privada, lo cierto, tal y como resulta de las nóminas de doña Sabina que obran a los folios 80 y 79, y de las nóminas de don Mariano que obran a los folios 110 y 111, es que ambos perciben una

ingresos anuales netos sustancialmente semejantes (una vez tenida en cuenta la cantidad mensual que como cuota de autónomo satisface don Mariano ; documental unida al rollo de sala).

Partiendo de dicha circunstancia (pues nada acredita ningún presupuesto para inferir ex art. 386 de Lec que don Mariano perciba mayores ingresos fuera de nómina; y ninguna relevancia adquiere que ambos hayan extinguido el condominio, sobre determinado apartamento de playa, mediante la venta a doña Sabina de la parte proindiviso correspondiente a don Mariano, pues la liquidez por este obtenida se ha consumido en las referidas obras de reforma y, en todo caso, será una liquidez paralela a un incremento de patrimonio por parte de la compradora), se considera procedente que ambos progenitores satisfagan los alimentos de los menores en su propio domicilio, abonando los gastos extraordinarios al 50%.

SEXTO. - Al estimarse sustancialmente el recurso no procede la imposición de las costas causadas en esta alzada; tampoco procede la imposición de las devengadas en primera instancia ante la especial naturaleza de las cuestiones controvertidas y de la mutación de circunstancias significativas que aquí se han valorado al amparo del art. 752 de Lec.

## FALLO

Se estima sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Garrido López, en representación de don Mariano, frente a la sentencia dictada por la Iltna. Sra. Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Córdoba, en fecha 4 de junio de 2015, que se revoca parcialmente.

En su virtud, se establece el sistema de custodia compartida de los menores.

El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo el reparto del tiempo será el indicado en el fundamento cuarto de esta resolución.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos de los menores en su propio domicilio, abonando los gastos extraordinarios al 50%.

Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

Sin imposición de costas en esta alzada.

En materia de recurso se habrá de estar al Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la materia fechado el 30 de diciembre de 2.011.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Anexo 8: Sentencia nº 571/2015 de TS, Sección 1ª, de lo Civil, 14 de octubre de 2015**

ECLI: ECLI:ES:TS:2015:4165

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 772/2014

Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 31-01-2014 dictada por la Sección 22ª de la AP de Madrid, casándola.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de octubre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia (JUR 2014, 55220) dictada en recurso de apelación, núm. 116/2013, por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal núm. 1032/2011, para regulación de relaciones paterno-filiales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Ana María García Orcajo, en nombre y representación

de don Rodolfo , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y la procuradora doña María Granizo Palomeque, en nombre y representación de doña Tatiana , en calidad de recurrido.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – 1. La procuradora doña Ana María García Orcajo, en nombre y representación de don Rodolfo, interpuso demanda de juicio verbal, sobre medidas paterno-filiales, contra doña Tatiana y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que estimando la demanda formulada se determine y declare:

a.- Que el hijo menor quede bajo la guarda y custodia compartida de su madre DOÑA Tatiana y de su padre DON Rodolfo y bajo la patria potestad de ambos progenitores, residiendo un mínimo de 3 meses en cada domicilio.

b.- Se determine que DOÑA Tatiana permanecerá en el uso de la vivienda que ha constituido el domicilio de la pareja, ya que se trata de un bien de carácter privativo.

c.- Se determine que el progenitor no custodio podrá estar con el menor en los siguientes períodos:

- Tres días en semana desde la salida del colegio hasta las 20:15 horas de la tarde reintegrando al menor en el domicilio del progenitor custodio.

- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio y acompañando al menor al centro escolar el lunes por la mañana.

- Festivos: el menor pasará la mañana, hasta las 14 horas con el progenitor no custodio siendo reintegrado al domicilio del progenitor custodio. Igualmente, previo acuerdo de las partes podrá pasar la tarde con el progenitor no custodio. Subsidiariamente los progenitores pueden repartirse los festivos anuales por mitad y en caso de que alguno de los progenitores no pueda disfrutar del festivo en cuestión por motivos laborales, el menor quedará en compañía del otro progenitor la jornada completa.

- Vacaciones verano, Navidad y Semana Santa: distribuidas por mitad, eligiendo los años pares el padre y los impares la madre y comunicando el período de disfrute a la otra parte con una antelación de un mes.

- Cumpleaños de cada progenitor, día del padre y día de la madre: Con independencia de quién ostente en ese momento la guarda y custodia el menor pasará el día con el progenitor celebrante.

- Cumpleaños de los abuelos maternos y paternos: el menor pasara el día en compañía de sus abuelos, siendo reintegrado en su caso antes de las 20:00 en el domicilio del progenitor no custodio en ese momento.

- Cumpleaños del menor: con independencia de quién ostente en ese momento la custodia, el menor pasará la mañana con el padre y la tarde con la madre, alternándose en años sucesivos. En todo caso si el menor celebra el festejo en compañía de amigos o compañeros de escuela podrán asistir a la misma ambos progenitores.

- Día de Reyes (6 de enero): con independencia de quién ostente en ese momento la custodia, el menor pasará la mañana con el padre y la tarde con la madre, alternándose en años sucesivos.

d.- En cuanto a los gastos ordinarios del hijo menor habrá ser atendidos por cada progenitor durante el tiempo que ostente temporalmente la guarda y custodia con la precisión de que los gastos derivados del colegio del menor sean atendidos en la proporción en la que se vinieron haciendo vigente la convivencia, esto es, 70% la madre, 30% el padre.

Cada progenitor contribuirá por mitad a los gastos extraordinarios de sanidad y educación que genere el hijo menor.

Y en definitiva condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas del procedimiento.»

2.- La procuradora doña María Granizo Palomeque, en nombre y representación de doña Tatiana , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la

que, con estimación de la presente contestación de la demanda de esta parte, las medidas paramatrimoniales relativas a la pareja formada por D. Rodolfo y D.<sup>a</sup> Tatiana , dictando en su día Sentencia, por el que acuerde LAS SIGUIENTES MEDIDAS DEFINITIVAS:

I.- Patria Potestad sobre el menor: Será de ejercicio compartida por ambos progenitores.

II.- Guarda y Custodia del hijo menor:

En función a la situación de hecho creada y existente en la actualidad como consecuencia y la marcha de EL ACTOR del hogar familiar, procede la consolidación de dicha situación de guarda y custodia asumida por la madre.

Queda de manifiesto la dedicación pasada y actual de LA MADRE a su niño, por lo que la guarda y custodia del hijo menor será atribuida A LA MADRE, D.<sup>a</sup> Tatiana .

III.- Régimen de visitas a favor del padre:

Procede la confirmación y continuación con el régimen de visitas que las partes -y el propio actor, pues- vienen desempeñando:

- Fines de semana alternos, recogiendo el padre al menor desde el viernes a la salida del colegio y hasta el domingo hasta a las 20,15 horas, en que deberá ser reintegrado al domicilio materno, como hasta ahora vienen haciendo las partes.

- La mitad de las vacaciones de Semana Santa y Navidad.

- Vacaciones de verano: Un mes en verano: Correspondiendo a cada uno de los progenitores los siguientes tiempos, a fin de que el niño no pase más de 15 días sin ver a cualquiera de sus padres:

- 15 días en julio y 15 días en agosto cada uno de los progenitores:

- Primera quincena de julio y primera quincena de agosto, para uno de los progenitores;

- Segunda quincena de julio y segunda de agosto para el otro progenitor;



- Últimos días de Junio (no lectivos): reparto por mitad: el progenitor que haya de estar con el menor la primera quincena le corresponde la primera mitad de los días no lectivos de junio;
- Primeros días de septiembre (no lectivos): reparto por mitad: el progenitor que haya estado con el menor la última quincena de agosto le corresponde estar con el menor los primeros días de los días no lectivos de septiembre, y el resto al otro progenitor;
- Días de visita intersemanal: uno o dos días entre semana, que en defecto de acuerdo serían los martes y jueves, si EL ACTOR lo considera, y como vienen haciendo en la actualidad.

#### PRECISIÓN:

Tal y como ha quedado acreditado y por necesidades del servicio en que trabaja la madre, la ELECCIÓN DE VACACIONES: Como consecuencia del sistema laboral de determinación de vacaciones en la entidad en la que trabaja la madre, el turno de VACACIONES ANUALES habrá de ELEGIRSE ANTES DEL 1º DE OCTUBRE DEL AÑO ANTERIOR Y SE PROLONGARÁ HASTA EL 15 DE ENERO DEL AÑO SIGUIENTE.

De no respetar lo anterior, se perjudicarán los intereses del menor, pudiendo darse el caso de que sea elegido un periodo vacacional o incluso de fin de semana, en el que la madre tenga que trabajar.

Ello, por el interés del menor.

#### IV.- Uso y disfrute de la vivienda conyugal:

En virtud de la situación de hecho existente y consentida (incluso provocada) por el actor, habrá de consolidarse la atribución del inmueble familiar al menor y a la madre en cuya compañía ha quedado.

A mayor abundamiento, la vivienda pertenece privativamente y en exclusiva a la demandada.

#### V.- Pensión por alimentos a favor del hijo menor:

Habida cuenta de los gastos justificados del hijo, los derivados del trabajo de ambos progenitores, así como la dedicación de LA DEMANDADA a la familia habrá de establecerse una PENSIÓN DE ALIMENTOS Y CONTRIBUCIÓN A CARGAS FAMILIARES a cargo DEL ACTOR de SEISCIENTOS EUROS AL MES (600,00 €) AL MES.

Teniendo en cuenta:

- las necesidades del menor, en especial las derivadas del Centro PRIVADO al que asiste, su entorno social y los gastos propios del inmueble de las características del que constituye el hogar familiar;

- Las posibilidades económicas del padre, progenitor no custodio, quien viene percibiendo como decimos -y probamos- más de UN SALARIO DE MÁS DE DOS MIL SEISCIENTOS EUROS AL MES (exactamente: 2.661,23 €/mes), MÁS LOS IMPORTANTES RENDIMIENTOS PATRIMONIALES (CAPITAL MOBILIARIO) Y SU PATRIMONIO.

Procede el abono de una contribución a cargas de la familia por importe de SEISCIENTOS EUROS AL MES (600,00 €/MES) a cargo DEL ACTOR.

Dicha cantidad se abonará por el padre en la cuenta que a tal efecto tiene designada la madre en los cinco primeros días de cada mes, y se actualizará conforme al IPC que publique el I.N.E. el día 1º de enero de los sucesivos años, comenzando por el año 2013 y tomando siempre como base para la actualización el importe de la última mensualidad abonada o que se debió abonar.

VI.- Gastos extraordinarios:

Igualmente, ambas partes sufragarán al 50% los gastos extraordinarios que se generen en relación con el menor, siempre que los mismos estén reconocidos, aceptados y tengan dicha consideración y naturaleza legal y/o jurisprudencialmente.

VII.- OTRAS CARGAS FAMILIARES:

LA DEMANDADA tiene en vigor y como carga un préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar en la que viven madre e hijo, con una cuota mensual de 1.838,74 €/mes

que habrá ser abonado por LA DEMANDADA asimismo y en exclusiva, de conformidad con el título constitutivo de dicho préstamo.

CUOTA PRÉSTAMO demandada..... 1.838,74 €/mes.

Por lo demás, las partes carecen de otros préstamos e hipotecas comunes o proindiviso, habida cuenta de la propiedad de la vivienda de LA DEMANDADA que actualmente disfrutan la madre y el menor.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte contraria, si se opusiere».

3.- El Ministerio Fiscal, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó oportunos suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 20 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

#### FALLO

Estimando en parte la demanda promovida por la Procuradora Doña Ana María García Orcajo, en nombre y representación de D. Rodolfo frente a D.<sup>a</sup> Tatiana sobre regulación de relaciones paterno filiales en relación con el menor Alejandro , se acuerda la adopción de las siguientes medidas:

PRIMERA. - Se atribuye la guarda y custodia del citado menor a su madre D.<sup>a</sup> Tatiana , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, sin que ninguno de ellos pueda decidir, sin el consentimiento del otro o atribución judicial, sobre cuestiones de relevancia en la vida del menor y en particular sobre el lugar de su residencia, si ello impide o dificulta el desarrollo del sistema de visitas.

SEGUNDA. - El régimen de estancias, comunicación y visitas del progenitor D. Rodolfo con su hijo menor se determinará libremente entre el padre y la madre en interés filial, exhortándose a ambos a que lleguen a acuerdos sobre el particular.

En caso de discrepancia, el menor permanecerá en compañía de su padre los fines de semanas alternos -en el sentido que después se dirá-, dos tardes entre semana y el primer período de las vacaciones escolares de Navidad y verano en los años pares y el segundo en los impares, así como la totalidad de las vacaciones de la Semana Blanca (u otras que pudieran figurar en el calendario escolar) en los años pares y de la Semana Santa en los impares.

Los fines de semana comprenderán desde las 18 horas del viernes hasta el comienzo de la actividad escolar el lunes y en el supuesto de que a tales fines de semana vaya unido algún día no lectivo, abarcarán desde las 18 horas del último día lectivo hasta el comienzo de las clases el primer día lectivo.

Las tardes entre semana serán -en caso de desacuerdo- las de los martes y jueves desde la salida del centro escolar en los días lectivos -o las 14 horas en los días no lectivos- hasta las 20 horas en ambos casos.

El primer período de las vacaciones escolares de Navidad y verano comprenderá desde las 11 horas del primer día no lectivo hasta las 21 horas de los días 30 de diciembre y 31 de julio respectivamente, y el segundo período desde las 11 horas de los días 31 de diciembre y 1 de agosto hasta las 19 horas del último día no lectivo, en tanto que las vacaciones de la Semana Santa y la Semana Blanca abarcarán desde las 11 horas del primer día no lectivo hasta las 19 horas del último día no lectivo.

El régimen de estancias de los fines de semana alternos y tardes entre semana quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Semana Blanca y Verano.

Salvo causa justificada, y a excepción de los lunes lectivos y las tardes entre semana en los que, según el caso, se entregará y recogerá al menor en el centro escolar, los intercambios para el desarrollo de las visitas se realizarán en su domicilio habitual.

TERCERA. - El uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION000 n° NUM000 - NUM001 NUM002 . de esta ciudad se atribuye al hijo común, así como a su madre por quedar en su compañía, quedando el Sr. Rodolfo autorizado para retirar sus efectos de uso personal, si no lo ha realizado con anterioridad.

CUARTA. - Se fija como pensión para el mantenimiento del referido hijo a satisfacer por el progenitor no custodio la cantidad de cuatrocientos cincuenta (450) euros mensuales que habrá de ser abonada por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, en la cuenta bancaria que al efecto se designe; cantidad que se revalorizará anualmente cada 1º de Enero y a partir del año 2013 conforme a las variaciones del Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que pudiera sustituirle.

Dicha pensión alimenticia se abonará hasta que el hijo menor de edad, una vez alcanzada su mayoría de edad, consiga su independencia económica o esté en condiciones de conseguirla conforme a las exigencias de la buena fe.

Los gastos de esta naturaleza que el padre abone directa y unilateralmente, no se deducirán de la pensión que éste deba satisfacer conforme a la presente resolución.

Los gastos extraordinarios referentes a la salud del menor que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguro médico, se abonarán por mitad por cada progenitor, previa acreditación de su importe.

Los restantes gastos extraordinarios que pudieran originarse para la atención del hijo tales como actividades o clases extraescolares se sufragarán igualmente por ambos progenitores por partes iguales, previo consentimiento por parte de cada progenitor. Debiendo entenderse que los gastos de material escolar y académicos ordinarios se encuentran incluidos dentro de la suma fijada para su sostenimiento.

No procede realizar especial declaración sobre las costas causadas en el presente procedimiento.

SEGUNDO. - Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, impugnada la sentencia por la parte demandada, la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 31 de enero de 2014 (JUR 2014, 55220), cuya parte dispositiva es como sigue:

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Doña Ana M<sup>a</sup> García Orcajo, en nombre y representación de Don Rodolfo , y desestimando la Impugnación planteada por la Procurador doña María Granizo Palomeque en nombre y representación de Doña Tatiana contra la sentencia dictada en fecha 20 de junio de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 27 de los de Madrid , en autos de relaciones paterno-filiales n<sup>o</sup> 1032/11, seguidos entre los citados, debemos confirmar y confirmamos la resolución apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso ni de la impugnación.

TERCERO. - 1. Por la representación procesal de don Rodolfo se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero y único: Infracción de lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil (LEG 1889, 27) apartados 8 y 9 y la sentencia (JUR 2014, 55220) se aparta de la doctrina seguida por esta Sala en lo que respecta a la concesión de la guardia y custodia compartida.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 230415) se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora doña María Granizo Palomeque, en nombre y representación de doña Tatiana, presentó escrito de oposición mientras que el Ministerio Fiscal argumentó su conformidad con el recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 15 de abril del 2015, suspendiéndose por baja del ponente, señalándose nuevamente para el día 7 de octubre del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Consta acreditado y no contradicho que D. Rodolfo (médico) y D.<sup>a</sup> Tatiana (controladora aérea), convivían de hecho desde el año 2006, de cuya relación nació el común hijo Alejandro el NUM003 de 2008. La relación afectiva se rompió en febrero de 2011. Se interpuso demanda de regulación de relaciones paternofiliales por D. Rodolfo en noviembre de 2011, interesando la custodia compartida. Desde febrero de 2011 el menor estuvo con su madre, al salir D. Rodolfo del domicilio familiar, que es propiedad de D.<sup>a</sup> Tatiana, sin perjuicio de un régimen de visitas tolerado por ambos (fines de semana alternos y dos tardes entre semana).

El juzgado estimó parcialmente la demanda, atribuyendo la guarda y custodia a la madre, con fines de semana alternos a favor del padre, más dos tardes entre semana (martes y jueves), sin perjuicio del régimen vacacional, como consta en los antecedentes de hecho de la presente sentencia.

La sentencia del Juzgado reconoce igual capacidad en ambos progenitores y entiende que la permanencia del menor en el domicilio con la madre desde febrero de 2011 " supone un implícito reconocimiento de la mejor aptitud de la demandada para este cometido ...".

La sentencia (JUR 2014, 55220) de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por D. Rodolfo, por entender:

1. " Se hace necesario acreditar, cuando se interesa la guarda y custodia compartida, los beneficios concretos y expresos que se derivan de la adopción de dicha medida... ".
2. No consideró necesario alterar la situación de hecho, mantenida desde febrero de 2011, unido a que al padre se le había fijado un amplio régimen de visitas.

Por el Ministerio Fiscal, ante esta Sala, se solicitó la estimación del recurso con fijación de un sistema de custodia compartida.

SEGUNDO. - Motivo único. Infracción de lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil (LEG 1889, 27) apartados 8 y 9 y la sentencia (JUR 2014, 55220) se aparta de la doctrina seguida por esta Sala en lo que respecta a la concesión de la guarda y custodia compartida.

Se estima el motivo.

Alega el recurrente que se infringe la doctrina jurisprudencial en interpretación de los arts. 92. 8 y 9 del C. Civil.

Añadió que la salida del domicilio familiar fue debida a la ruptura afectiva que desaconsejaba su permanencia en el mismo, unido a que D<sup>a</sup> Tatiana era la propietaria de la vivienda. Que no se ha respetado el interés del menor. Que la guarda y custodia compartida no es un sistema excepcional, sino que debe considerarse el normal y deseable.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

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 (RJ 2013, 3269) 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; 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. Señalando 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014 (RJ 2014, 2651)).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5002): "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de Protección Jurídica del Menor



, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014 (RJ 2014, 4250). Rec. 1937/2013).

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se 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 se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

TERCERO. - A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia (JUR 2014, 55220) recurrida se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible.

En la resolución recurrida se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para la educación de su hijo y, de hecho, mantiene la ampliación del sistema de visitas, aproximándolo al de custodia compartida, pero sin adoptarlo, sin causa que lo justifique y sin riesgo objetivable.

Esta Sala no puede aceptar que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar (propiedad de ella) pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor.

No se aprecian especiales factores de conflicto entre los progenitores que dificulten el diálogo, máxime cuando fueron capaces de adoptar un amplio sistema de estancias del menor con el padre.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia (JUR 2014, 55220) recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil (LEG 1889, 27) y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

CUARTO. - El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes el progenitor, que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

No procede pronunciamiento sobre la vivienda, dado que era privativa de la demandada y sobre la cual nada reclama el demandante, que salió de la misma debido al conflicto existente entre ambos.

QUINTO. - Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre el menor Alejandro.

SEXTO. - Estimado el recurso no procede imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Rodolfo, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana María García Orcajo, contra sentencia de 31 de enero de 2014 (JUR 2014, 55220) de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

2. Casar la sentencia (JUR 2014, 55220) recurrida, excepto en cuanto acepta la definición de gastos extraordinarios efectuada por el Juzgado en su sentencia, pronunciamiento que esta Sala mantiene.

3. Se establece el sistema de custodia compartida.

El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes el progenitor, que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

5. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN. - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**Anexo 9: Sentencia nº 440/2012 de AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 22 de octubre de 2012**

ECLI: ECLI:ES: APTF:2012:2360

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 29/2012

Ponente: Illmo. Sr. D Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco

SENTENCIA

Rollo nº 29/12

Autos nº 941/11

Jdo. 1ª Inst. nº 2 de La Laguna

Iltmos. Sr. Presidente: D. JOSÉ RAMÓN NAVARRO MIRANDA

Magistrados:

D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO

D. EMILIO FERNANDO SUÁREZ DÍAZ

En Santa Cruz de Tenerife, a veintidós de octubre de dos mil doce.

Visto por los Iltmos. Sres. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de no 941/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia no 2 de La Laguna, promovidos por D. Jose Ángel, representado por la Procuradora Da. Esther Martín García, y asistido por la Letrada Da. María Yaneth Rodríguez Castañeda, contra, Da. Rosalía, representada por la Procuradora Da. Natalia de la Rosa Pérez, y asistida por la Letrada Da. Margarita Suárez Delgado siendo parte el Ministerio Fiscal; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente el Illmo. Sr. D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO, con base en los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada Juez Dña. Ma Paloma Fernández Reguera, dictó sentencia el 15 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que, estimando la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por el Procurador Sra. Martín García, en nombre y representación de D. José Ángel, contra Da Rosalía, representada por la Procuradora Sra. De la Rosa Pérez, y en su consecuencia debo adoptar y adopto las siguientes medidas en relación con la menor;

1º.- La hija menor de edad de las partes quedará en compañía y bajo la guarda y custodia de la madre, compartiendo ambos padres la patria potestad.

2º.- Se establece el siguiente régimen de visitas;

I.- REGIMEN ORDINARIO. -Hasta que le menor cumpla los TRES ANOS, el padre podrá comunicar con su hija y tenerla en su compañía los sábados y domingos alternos desde las 10 horas hasta las 19 horas, recogiéndola y reintegrándola en el domicilio materno, así como las tardes de los martes y jueves de la semana, desde las 16 horas hasta las 19 horas.

II.- REGIMEN DE VACACIONES. - Durante los períodos vacaciones se continuará con el mismo régimen de visitas, con la excepción del día de Navidad y de Reyes en el que el progenitor que no le corresponda dicho día, podrá estar con la menor desde las 16 horas hasta las 19 horas, recogiéndola y reintegrándola en el domicilio del otro progenitor.

UNA VEZ LA MENOR CUMPLA LOS TRES ANOS,

I.-REGIMEN ORDINARIO. - Los fines de semana alternos, desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 19 horas, y la recogerá y entregará en el domicilio materno, así como todas las tardes de los martes y jueves desde la salida de la guardería hasta las 19 horas, que la reintegrará en el domicilio materno.

II.- REGIMEN DE VACACIONES. - Las Vacaciones de Verano se dividirán en cuatro quincenas, la primera desde el día 1 de julio hasta el día 15 de julio, la segunda desde el 15 de julio hasta el 31 de julio, la tercera desde el 31 de julio al 15 de agosto y la cuarta

desde el 15 de agosto hasta el 31 de agosto. En la determinación de cada uno de estos cuatro períodos que no podrán ser correlativos, en que la menor quedará en compañía de su padre, los años pares será la madre quien elija el período vacacional en el que tendrá al menor en su compañía, correspondiendo al padre la elección en los años impares. En cuanto a la hora de recogida y entrega se fija la misma que para el régimen de visitas, esto es a las 11 horas la recogida y la entrega a las 19 horas.

- En las vacaciones de Navidad, la convivencia con la menor se realizará en uno de los siguientes períodos

Primer período: desde las 16 horas del día 22 de diciembre a las 16 horas del día 29 de diciembre. La convivencia con la menor durante este primer período corresponderá al padre en los años pares.

Segundo período, desde las 16 horas del día 29 de diciembre hasta las 16 horas del día seis de enero. La convivencia con la menor durante este segundo período corresponderá al padre en los años impares.

El día de Reyes, si como consecuencia de la alternancia establecida para el período de vacaciones de navidad, el padre no tuviese consigo al menor el día de reyes, podrá visitarla y tenerla consigo desde las 16 horas hasta las 19 horas.

Respecto de las vacaciones de Semana Santa, los años pares la menor permanecerá en compañía del padre mientras que los años impares quedará en compañía de la madre.

Durante las vacaciones de Carnavales, los años pares la menor permanecerá en compañía de su madre, mientras que los años impares quedará en compañía de su padre.

Los padres permitirán y facilitarán la comunicación de la hija con el progenitor con el que no conviven y con los respectivos familiares. Se tendrán al corriente de la situación de la menor, especialmente en asuntos importantes que afecten a su formación, estudios, estado de salud, etc. Y si bien el ejercicio doméstico de la patria potestad corresponderá al progenitor con quien en cada momento estén, ambos deberán ponerse de acuerdo en aquellos asuntos que afecten sustancialmente a la menor, cuales son los viajes o estancias en el extranjero, decisiones relevantes en orden a su salud, etc.

El día del cumpleaños de la menor, el 10 de mayo, la niña pasará el día con su padre desde las 16:30 horas hasta las 18:30 horas cuando recaiga el cumpleaños los lunes y miércoles además de ser día escolar. El resto de los días, es decir, que no sean lunes y miércoles y no escolares la menor estará en compañía de su padre el día de su cumpleaños desde las 18:00 horas hasta las 20:00 horas.

3º.- Se establece como pensión alimenticia a favor de la menor la cantidad de 300€ mensuales -trescientos euros-, cantidad que el padre habrá de abonar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que por la madre se designe a tal efecto, estableciéndose que dicha pensión sea objeto de actualización anual conforme al incremento que experimente el IPVC anual de la provincial de Santa Cruz de Tenerife o índice que los sustituya. Asimismo estará obligado a abonar el 50 por 100 de los gastos extraordinarios que genere su hija, entendiéndose por tales todos aquellos gastos dimanantes de largas enfermedades, intervenciones quirúrgicas, tratamientos dentales, u otras de entidad similar, no cubiertos por seguros médicos, sin que puede extenderse de modo imperativo, cuando el menor esté en edad escolar, a viajes escolares, clases particulares o actividades extraescolares, pues los mismos se refunden dentro de la pensión alimenticia mensual, estando desde luego incluidos todos aquellos gastos de inicio del curso, en este caso la matrícula y el material escolar exigidos por el Centro 'Nuestra Casa'.

Todo ello sin hacer declaración expresa en materia de costas procesales.'

SEGUNDO. - Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se preparó recurso de apelación, se interpuso el mismo, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO. - Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día dieciséis de octubre de dos mil doce.

CUARTO. - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. - En el presente recurso, constituye el primer motivo de impugnación de la sentencia apelada el pronunciamiento relativo al régimen de visitas de la hija de los litigantes, que la demandada impugna por considerarlas excesivas.

Al respecto, conviene precisar que de igual modo que la atribución de la custodia, siendo una de las consecuencias de dicha atribución la regulación del derecho de los padres a comunicarse con los hijos y tenerlos en su compañía que dispone el art. 94 del Código Civil (LEG 1889, 27) , su determinación tendrá presente el mismo criterio del beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil , no la conveniencia de los progenitores ni las discordias existentes entre los mismos, porque debe significarse que precisamente por ser establecido en su beneficio, no se trata de un puro derecho subjetivo sino de un derecho- deber del progenitor que no tiene atribuida la custodia, es decir, que la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por la jurisprudencia reciente ( SSTS de 31-7-2009 , 28-9-2009 , 11-3- 2010 , 1-10-2010 , 11-2-2011 y 25-4-2011 ), siendo el propósito de la ley la mayor comunicación posible del progenitor que no tiene la custodia con los hijos.

SEGUNDO. - En este caso no se proporcionan por la recurrente fundamentos consistentes para revocar la sentencia apelada, y puesto que a causa de su falta de acuerdo efectivo, son los padres los que plantean el problema y someten la discordia a la decisión judicial, por el contrario, debe observarse que el régimen progresivo adoptado es perfectamente razonable y adecuado a la edad de la niña, atendiendo a la misma identidad de razón que la atribución de custodia, porque debe atenderse en primer lugar al beneficio del hijo, siendo por ello pertinente resolver incluso de oficio, si las relaciones entre los progenitores no son las óptimas.

El derecho de visitas o de relacionarse con los hijos solamente ha de ser denegado o restringido si se acredita la causación de un perjuicio para el menor, pues sin duda que ha de ceder ante los supuestos que presenten peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, pero no se proporcionan razones sólidas ni elementos de prueba consistentes contrarios al régimen progresivo establecido en la sentencia recurrida, no se acredita que sea contraproducente para el adecuado desarrollo y estabilidad de la menor, por lo que no se aprecian por ahora obstáculos serios al desarrollo

práctico de las visitas, incluida la pernocta, alcanzada la edad suficiente, que fundamenten la restricción de dicho régimen como pide la recurrente.

En todo caso, dada la evidente influencia del transcurso del tiempo en esta medida de desarrollo naturalmente dinámico, si se producen alteraciones de las circunstancias laborales o de otro tipo, pero de carácter sustancial, precisan la sustanciación de un procedimiento con plenas garantías, precisamente las que el legislador ha dispuesto en el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) en el que se decida sobre las medidas vigentes, y en el caso de que surjan otras cuyo alcance sea menor, han de plantearse igualmente al Juzgado considerando que se tratase de particularismos de los actos propios de la práctica de la ejecución.

TERCERO. - Por lo que se refiere al pronunciamiento relativo a la cuantía de la pensión alimenticia asignada para la hija, es medida respecto de la que conviene puntualizar, en primer lugar que todas las medidas relativas a los hijos deben ser adoptadas en su beneficio, criterio general que recogen los arts. 92 y 154 del Código Civil ( LEG 1889, 27 ) , pero más aun, la extensión y tratamiento de los alimentos derivados de la patria potestad ha de ser superior, por la propia naturaleza de la relación que los genera, al régimen legal de los alimentos entre parientes, regulados en los arts. 142 y siguientes del citado Código , conforme a la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en las sentencias de 5-10-1993 y 16-7-2002 , lo que significa que ha de procurarse la mayor contribución posible por parte de los padres, porque las medidas relativas a los alimentos, no derivan del innegable derecho de los hijos a exigirlos de sus padres en cuanto que obligación inherente a la patria potestad ( SSTs de 16-7-2002 , 24-10-2008 ), derivado de la relación paterno-filial ( art. 110 del Código Civil ), sino también de la situación de convivencia familiar, incluso de los hijos mayores de edad, como explica la STS de 24-4-2000 , y con esta extensión se consideran las circunstancias concurrentes para decidir.

Por las razones expuestas, la consideración del criterio de proporcionalidad que prevé el art. 146 del Código Civil , es sólo relativa, porque tratándose de hijos menores como en este caso, se ha de atender sobre todo a las necesidades de los menores, de conformidad con lo regulado en el art. 93 del mismo Código , en el que se prescribe que las prestaciones se acomodarán a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada

momento, y sólo muy relativamente ha de atenderse a los ingresos del obligado, aunque cierto es que para efectuar el cálculo de la cuantía de la pensión no puede obviarse que, como también viene reiterando esta Sala, ello ha de ser dentro de las circunstancias, lo que significa que ha de ser objeto de la mayor ponderación.

También debe significarse que, si bien ambos progenitores están obligados conjuntamente a la prestación alimenticia, según dispone el no 3o del art. 144 del Código Civil, y en análogos términos, el art. 93, y que a la madre recurrente ha de corresponderle análoga contribución por este concepto, aunque efectúa principalmente la prestación natural de los alimentos teniendo a la hija en su compañía en la vivienda familiar.

CUARTO. - En este caso, atendiendo al criterio de que es primordial y decisiva la consideración de las necesidades de los hijos, de conformidad con lo regulado en el art. 93 del Código Civil (LEG 1889, 27) , después del estudio de las actuaciones relevantes del procedimiento, la Sala comparte la apreciación de la sentencia apelada por su corrección, pues teniendo en cuenta que los alimentos deben adecuarse al nivel de vida y de formación que viene llevando la hija, incluidos los costes de la enseñanza, alternativa a la oficial por la que se ha optado en este caso, que constituyen un aspecto razonable del nivel de vida, la Sala estima que en este caso la cuantía de 300 euros fijada por la sentencia puede considerarse adecuada para subvenir a las necesidades de la hija, atendiendo a su corta edad de dos años, en condiciones que garanticen en la medida de lo posible su formación integral, porque lo lógico y razonable, incluso exigible, existiendo contienda al respecto, es que la situación de excedencia voluntaria de la madre recurrente, asistiendo la hija al centro de enseñanza alternativa elegido durante la mañana, como tampoco el anticipo de salario del padre, pueden considerarse como circunstancias permanentes, por lo que en definitiva la Sala entiende procedente estar a lo acordado en este particular en la sentencia apelada, cuya confirmación es procedente, sin necesidad de entrar en más planteamientos, por carecer de relevancia para resolver en este caso.

QUINTO. - Lo anteriormente considerado conduce a la desestimación del recurso interpuesto, sin que, no obstante, se estime procedente hacer imposición expresa de las costas causadas por el recurso, en atención a las dudas de hecho que generan las cuestiones debatidas en esta materia, en aplicación al caso de la excepción primera

prevista en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), en relación con el art. 398 de la misma Ley.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLO

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de D<sup>a</sup>. Rosalía, contra la sentencia dictada en el presente Procedimiento; confirmando la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

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

**Anexo 10: Sentencia nº 839/2015 de Juzgado de Primera Instancia nº tres de Granada, de 3 de diciembre de 2015**

Resumen: “Teniendo en cuenta dada la corta edad de la menor es pertinente la instauración de un régimen de visitas progresivo sin que el mismo incluya la pernocta fuera del domicilio materno mientras la menor no cumpla los 18 meses de edad. No obstante, se rechaza que la relación paterno filial tengan lugar en el domicilio materno porque no ayudarían a afianzar el lazo afectivo de la menor con el padre. Además, siendo aún muy pequeña la menor, su edad ayuda a que pueda adaptarse en poco tiempo a la presencia del padre. Adaptación que se dificultaría si la niña no saliera del entorno materno.”

SENTENCIA nº 839/15

En la Ciudad de Granada, a tres de diciembre de dos mil quince.

Vistos por la Ilma. Sra. Doña xxxxx xxx xxxxxx xxxxx xxxxxx, Magistrado-Juez de Primera Instancia Nº Tres de esta Ciudad y su Partido Judicial, los presentes autos sobre hijo común habido en unión de hecho nº 730D/15 seguidos ante este Juzgado a instancia de DOÑA xxxxxx xxxxx xxxxx xxxxxx representada por la Procuradora Sra. xxxx xxxxx asistida de la Letrada Sra. xxxxxxx xxxxxxxxxxxx contra DON xxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxx xxxxx representado por la Procuradora Sra. Ortega Naranjo asistida de la Letrada Sra. Manzano Espinosa, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO. - Por la referida parte actora se presentó demanda origen de estas actuaciones en base, en síntesis, a los siguientes HECHOS: 1º.- Los litigantes han mantenido una convivencia estable durante aproximadamente un año; 2º.- De esta unión nació una hija el 5 de mayo de 2015; 3º.- La profesión del demandado es profesor de Autoescuela, y mi representada está desempleada percibiendo una prestación de 426 € en concepto de subsidio de desempleo. Tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba eran de aplicación concluía suplicando se dicte sentencia por la que se adopten las medidas definitivas que exponía y que aquí se dan por reproducidas.

SEGUNDO. - Por Decreto de fecha 16 de julio de 2015 se admitió a trámite la demanda, acordándose, como ordena el Art.- 753 de la LEC dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal y al demandado con emplazamiento a fin de que en el término de veinte días comparecieran en forma y la contestasen. Por el Sr. xxxxx xxxxx dentro del término concedido se presentó escrito personándose en forma y contestando a la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba eran de aplicación concluía suplicando de dicte sentencia por la que se adopte las medidas definitivas que exponía y que aquí se dan por reproducidas.

TERCERO. - Por diligencia de ordenación de fecha 22 de septiembre de 2015 se convocó a las partes a la celebración de la vista principal de este Juicio para la que han sido citados con las advertencias previstas en la Ley. La vista tuvo lugar el día y hora al efecto señalado con la asistencia de los litigantes, debidamente representado y asistido el demandado y con la Procuradora de la parte actora, con el resultado que obra en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

CUARTO. - Que en la tramitación de éste procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antes de entrar en el examen del concreto supuesto planteado, hemos de señalar que la atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes es una de las cuestiones más delicadas y difíciles de esta clase de procedimientos en el que han de valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto a los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los implicados valorando su capacidad de comprensión, su arraigo al lugar en definitiva, la resolución que se adopte debe pretender que los hijos resulten afectados de la menor manera, es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el de que su interés ha de prevalecer por encima de, cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103-1, 154, 158 y 170 CC) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales (también aplicables a ese tipo de convivencia), paterno-filiales o tutelares ir constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación

judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (art. 154.2 CC).

Partiendo del contexto normativo anterior, en el caso presente la menor habrá de permanecer bajo la custodia de la madre, estando en ello de acuerdo las partes.

SEGUNDO. - Por otro lado el llamado “derecho de visitas” regulado en el Art.- 94 del CC, en consonancia con el Art.- 161 del CC no es un propio y verdadero derecho, sino un derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los derechos o deseos de los progenitores sino principalmente cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras a un desarrollo armónico y equilibrado.

El derecho de visitas tiene su fundamento en el Art.- 39 de la Constitución Española, ya que es un instrumento idóneo para el cumplimiento del deber de asistencia impuesto en dicho precepto a los padres para con los hijos.

Teniendo en cuenta dada la corta edad de la menor es pertinente la instauración de un régimen de visitas progresivo sin que el mismo incluya la pernocta fuera del domicilio materno mientras la menor no cumpla los 18 meses de edad. No obstante, se rechaza que la relación paterno filial tengan lugar en el domicilio materno. Resultaría contraproducente que las visitas se desarrollaran en la vivienda de la madre. Por una parte, porque podrían ser una fuente de conflicto y, por otra, porque no ayudarían a afianzar el lazo afectivo de la menor con el padre. Además, siendo aún muy pequeña la menor, su edad ayuda a que pueda adaptarse en poco tiempo a la presencia del padre. Adaptación que se dificultaría si la niña no saliera del entorno materno. Y todo ello teniendo en cuenta la corta duración de las visitas inicialmente propuestas y en presencia de la madre. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero de 2013, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar. Una vez xxxxxxxx xxx xxxxxxxx cumpla los 18 meses de edad y si así resultara beneficioso para la menor, se introducirá la pernocta en el domicilio paterno, fijándose:

-A partir de los 18 meses, el padre podrá estar con su hija, sin presencia de la madre, dos, tardes intersemanales, martes y jueves de 17:00 horas a 20:00 horas (en horario de invierno) y de 17:00 a 21:00 horas ( en horario de verano) además de fines de semana

alternos con pernocta recogiénola el sábado a las 11:00 horas y entregándola el domingo a las 20:00 horas ( en horario de invierno ) o 21:00 horas ( en horario de verano).

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

La situación contenida en el punto anterior, se mantendrá durante un plazo de tres meses, siendo a partir de que la menor, xxxxx, cuente con veintiún meses de edad, que se establecerá un régimen de visitas consistente en dos tardes intersemanales, martes y jueves de 17:00 a 20:00 horas ( en horario de invierno) o 21:00 horas ( en horario de verano) además de fines de semana alternos con pernocta recogiénola el viernes, a la salida de la Guardería o del Colegio ( en su caso) y entregándola el domingo a las 20:00 horas ( en horario de invierno) o 21:00 horas ( en horario de verano), en el domicilio materno.

A partir de que la menor cuente con veintiún meses se establecerá un régimen de visitas normalizado en los fines de semana. (Si el padre comenzara a trabajar y no pudiera estar con su hija los martes y jueves se cambiarían esas dos tardes por la del sábado en el mismo horario, que no le corresponda el fin de semana).

La entrega y recogida se realizaría en el domicilio materno, o en el centro escolar, y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar hará la recogida y entrega la abuela o la tía paterna.

En relación con los periodos vacacionales: Los años pares corresponderá el primer periodo al padre y el segundo a la madre y los impares se repartirán a la inversa.

Se establecerá periodo vacacional a partir de los veintiun meses de edad de la menor, una vez se establezca el régimen de visitas normalizado. Que se distribuirá en los siguientes periodos:

- En Semana Santa correspondiendo al padre los años pares, desde las 11:00 horas del sábado víspera del domingo de Ramos hasta las 17:00 horas del Miércoles de Semana Santa y a la madre desde las 17:00 horas del miércoles hasta las 21:00 horas del Domingo de resurrección. En los años impares se hará la inversa.



La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

En verano el padre podrá tener a la menor por quincenas alternas, los meses de Julio y agosto, disfrutando la primera el padre en los años pares y la segunda la madre, y en los impares a la inversa.

Las primeras quincenas comprenderán desde el 1 de julio a las 11:00 horas hasta el 15 de julio a las 21:00 horas y del 31 de julio a las 21:00 horas hasta el 15 de agosto a las 21:00 horas.

Las segundas quincenas comprenderán desde el 15 de julio a las 21:00 horas hasta el 31 de julio a las 21:00 horas y desde el 15 de agosto a las 21:00 horas hasta el 31 de agosto a las 21:00 horas.

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

Navidad el periodo vacacional de navidad se dividirá en dos periodos el primero desde el día 23 de diciembre a las 11:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 11:00 horas y el segundo desde el 31 de diciembre a las 11:00 horas hasta el día 6 de enero a las 20:00 horas.

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela o la tía paterna.

A tal fin, y como interesó el Ministerio Fiscal, se acuerda la emisión de informe de Equipo Psicosocial de los que prestan servicios a este juzgado sobre las condiciones paternas – ante las descalificaciones hechas por la madre al ser interrogada- y la evolución y desarrollo de las visitas, y según su resultado, podrá modificarse en ejecución de sentencia.

Por último, uno de los deberes fundamentales del titular de la patria potestad es la alimentación de los hijos (Art.- 154, párrafo 2, 1 CC) deber que se deriva de la relación paterno, por lo que procede establecer como pensión alimenticia a cargo del padre. Y teniendo en cuenta que la madre no fija las necesidades de la hija por lo que habrán de

ser las habituales para su edad y el demandado se encuentra en la situación de desempleo no subsidiado, que teniendo en cuenta la formación profesional y edad del obligado, ha de reputarse lo es de carácter temporal, motivo por el que procede fijar en concepto de pensión de alimentos, a favor de la menor, la cantidad de 150 Euros mensuales, que se considera exigible para el sustento. Igualmente, D. xxxxxxxx xxxxxx, sufragará la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de la menor, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, material escolar, dentista, oculista y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto y el importe del mismo a efectos de su aprobación, y en caso de no ser aceptado, resolvería este Juzgado.

TERCERO. - Sin hacer expresa imposición de costas, dada la especial naturaleza de la materia que se somete a decisión.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y por cuanto antecede,

#### FALLO

1º.- Que estimando en parte la demanda formulada por la Procuradora Sra. Raya Titos en nombre y representación de DOÑA xxxxxx xxxxx xxxxx xxxxxx, contra DON xxxxxxxxx xxxxxxx xxxxx xxxxx, debo acordar y acuerdo:

PRIMERA. - Atribuir la guarda y custodia de la hija menor, xxxxxxxx xxx xxxxxx, a la madre, manteniendo el resto de las funciones de la patria potestad en forma compartida.

SEGUNDA. - A falta de otro acuerdo entre los progenitores, se fija un régimen de visitas paterno filial progresivo, consistente en:

Hasta que la menor alcance los 9 meses, el padre podrá tener a su hija tres días intersemanales, martes, jueves y domingo de 17:0 a 19:00 horas. Si el padre comenzara a trabajar y no pudiera estar con su hija los martes y jueves se cambiaría esas dos tardes por la del sábado en el mismo horario de 17:00 horas, a 19:00 horas, manteniéndose igual la del domingo.

Las visitas se realizarían en presencia de la madre en el domicilio o bien de los padres del Sr. xxxxx xxxxx o de la hermana o tía del mismo, por las razones ya expuestas en este escrito.

A partir de los 9 meses y hasta los 18 meses, el padre podrá estar con su hija, sin presencia de la madre, dos tardes intersemanales, martes y jueves de 17:00 a 20.00 horas ( en horario de invierno) y de 17:00 horas a 21:00 horas ( en horario de verano) además de fines de semana alternos sin pernocta, recogiéndola el sábado a las 11:00 horas hasta las 20:00 horas que la entregaría ( en horario de inviernos) o 21:00 horas ( en horario de verano) y domingo en horario igual.

La entrega y recogida se realizaría en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

Una vez xxxxxxxx xxx xxxxxxx cumpla los 18 meses de edad y si así resultara beneficioso para la menor, se introducirá la pernocta en el domicilio paterno, fijándose:

A partir de los 18 meses, el padre podrá estar con su hija, sin presencia de la madre, dos tardes intersemanales, martes y jueves de 17:00 horas a 20:00 horas (en horario de invierno) y de 17:00 a 21:00 horas ( en horario de verano) además de fines de semana alternos con pernocta recogiendo el sábado a las 11:00 horas y entregándola el domingo a las 20:00 horas ( en horario de invierno ) o 21:00 horas ( en horario de verano).

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

La situación contenida en el punto anterior, se mantendrá durante un plazo de tres meses, siendo a partir de que la menor, xxxxxxx, cuente con veintiún meses de edad, que se establecerá un régimen de visitas consistente en dos tardes intersemanales, martes y jueves de 17:00 a 20:00 horas ( en horario de invierno) o 21:00 horas ( en horario de verano) además de fines de semana alternos con pernocta recogiendo el viernes, a la salida de la Guardería o del Colegio ( en su caso) y entregándola el domingo a las 20:00 horas ( en horario de invierno) o 21:00 horas ( en horario de verano), en el domicilio materno. A partir de que la menor cuente con veintiún meses se establecerá un régimen

de visitas normalizado en los fines de semana. (Si el padre comenzara a trabajar y no pudiera estar con su hija los martes y jueves se cambiarían esas dos tardes por la del sábado en el mismo horario, que no le correspondiera el fin de semana).

La entrega y recogida se realizaría en el domicilio materno, o en el centro escolar, y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar hará la recogida y entrega la abuela o la tía paterna.

En relación con los periodos vacacionales: Los años pares corresponderá el primer periodo al padre y el segundo a la madre y los impares se repartirán a la inversa.

Se establecerá periodo vacacional a partir de los veintiún meses de edad de la menor, una vez se establezca el régimen de visitas normalizado. Que se distribuirá en los siguientes periodos:

– En Semana Santa correspondiendo al padre los años pares, desde las 11:00 horas del sábado víspera del domingo de Ramos hasta las 17:00 horas del Miércoles de Semana Santa y a la madre desde las 17:00 horas del miércoles hasta las 21:00 horas del Domingo de resurrección. En los años impares se hará la inversa.

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

En verano el padre podrá tener a la menor por quincenas alternas, los meses de Julio y agosto, disfrutando la primera el padre en los años pares y la segunda la madre, y en los impares a la inversa.

Las primeras quincenas comprenderán desde el 1 de julio a las 11:00 horas hasta el 15 de julio a las 21:00 horas y del 31 de julio a las 21:00 horas hasta el 15 de agosto a las 21:00 horas.

Las segundas quincenas comprenderán desde el 15 de julio a las 21:00 horas hasta el 31 de julio a las 21:00 horas y desde el 15 de agosto a las 21:00 horas hasta el 31 de agosto a las 21:00 horas.

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela paterna o la tía.

Navidad el periodo vacacional de navidad se dividirá en dos periodos el primero desde el día 23 de diciembre a las 11:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 11:00 horas y el segundo desde el 31 de diciembre a las 11:00 horas hasta el día 6 de enero a las 20:00 horas.

La entrega y recogida se realizará en el domicilio materno y para el caso de que no pudiese acudir mi mandante, en su lugar haría la recogida y entrega la abuela o la tía paterna.

Se acuerda la emisión de informe de Equipo Psicosocial de los que prestan servicios a este juzgado sobre las condiciones paterna y la evolución y desarrollo de las visitas, y según su resultado, podrá modificarse en ejecución de sentencia; A tal fin líbrese oficio a la Delegación Provincial de la Consejería de Gobernación y Justicia para que por los Equipos Psicosociales de ella dependientes y que prestan servicios para los Juzgados de Familia se faciliten los señalamientos necesarios para la emisión del informe acordado.

TERCERA. - El padre contribuirá con la cantidad de CIENTOS CINCUENTA EUROS mensuales, para alimentos de la hija. La contribución económica establecida, deberá ser ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe, cantidad que será actualizada anualmente según el IPC establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pueda sustituirle. Igualmente, D. xxxxxxxx xxxxxx, sufragará la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de la menor, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, material escolar, dentista, oculista y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto y el importe del mismo a efectos de su aprobación, y en caso de no ser aceptado, resolvería este Juzgado.

No se hace expresa declaración sobre el abono de las costas causadas.

Contra esta resolución cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Granada (artículo 458 L.E.C.). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado nº1724, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Librese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe, en Granada, tres de diciembre de dos mil quince.