



Roj: **SAP BA 787/2019 - ECLI: ES:APBA:2019:787**

Id Cendoj: **06015370022019100453**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **341/2019**

Nº de Resolución: **524/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00524/2019

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de BADAJOZ

Modelo: 1280A0

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 01

N.I.G. 06015 42 1 2016 0006645

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000341 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A INSTANCIA N. 4 de BADAJOZ

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000716 /2016

Recurrente: **Sagrario**

Procurador: **ESTHER PEREZ PAVO**

Abogado: **JOSE ANTONIO ROMERO PORRO**

Recurrido: **Romualdo**

Procurador: **LUIS VELA ALVAREZ**

Abogado: **EUGENIO ESTEBAN MARQUEZ**

SENTENCIA 524/19

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA (PONENTE)

MAGISTRADOS:

DON ISIDORO SÁNCHEZ UGENA

DON FERNANDO PAUMARD COLLADO



=====

Recurso civil número 341/2019.Autos de guarda y **custodia** 716/2016.

Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Badajoz.

=====

En la ciudad de Badajoz, a nueve de julio de dos mil diecinueve.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento de guarda y **custodia** 716/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badajoz, siendo parte apelante, doña Sagrario , representada por la procuradora doña Esther Pérez Pavo y defendida por el letrado don José Antonio Romero Porro; apelado-adherido, el Ministerio Fiscal; y apelado, don Romualdo , quien ha comparecido representado por el procurador don Luis Vela Álvarez y defendido por el letrado don Eugenio Esteban Márquez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badajoz, con fecha 28 de diciembre de 2018, dictó sentencia , cuya parte dispositiva dice así:

<<Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. PEREZ PAVO, en nombre y representación de DOÑA Sagrario frente a DON Romualdo , debo establecer las siguientes medidas en relación a los 2 hijos en común:

*1.- Se establece un régimen de **custodia** compartida por semanas alternas, con inicio y finalización los domingos a las 20 horas, debiendo ser entregados los menores en el domicilio del progenitor al que le corresponda la **custodia**.*

2.- Como régimen de visitas, comunicación y estancias a favor del progenitor no custodio, se establece, el de 1 tarde a la semana, que a falta de acuerdo, lo será los jueves desde la salida del Centro Escolar hasta las 20 horas.

-Los periodos vacacionales de Navidad y de Semana Santa, lo serán por mitad, así como 1 mes en las vacaciones de verano (julio/agosto), por quincenas alternas.

-La elección de los periodos vacacionales, en caso de discrepancia, corresponderá al padre los años pares y a la madre, los impares.

*3.- Ambos progenitores afrontarán las necesidades de los hijos menores en los periodos en que éstos permanezcan bajo su **custodia**, debiendo abonar por mitad todos los gastos escolares, así como aquellas actividades extraescolares consensuadas por ambos y los gastos extraordinarios de los hijos en común.*

No procede hacer pronunciamiento en cuanto a las costas>>.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de doña Sagrario .

TERCERO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Tras las alegaciones del Ministerio Fiscal y de don Romualdo , se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia. Se señaló para deliberación y fallo el día 26 de junio de 2019, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos relevantes.

a) Don Romualdo y doña Sagrario han vivido en pareja durante unos diez años y fruto de esa unión han tenido dos hijos: Adriano , que nació el NUM000 de 2009 y Daniela , que nació el NUM001 de 2012.



- b) Don Romualdo y doña Sagrario dejaron de convivir juntos en enero de 2015.
- c) Tras la separación, don Romualdo se fue a vivir a casa de sus padres. Con posterioridad, con su nueva pareja, alquiló un piso en Badajoz, muy cerca del domicilio de sus padres. La vivienda cuenta con tres dormitorios. Don Romualdo, en la actualidad, no tiene pareja.
- d) Don Romualdo trabaja como camarero.
- d) Doña Sagrario reside en Badajoz en un piso de alquiler que cuenta con dos dormitorios. Convive con su actual pareja sentimental, con la cual ha tenido un hijo en común el NUM002 de 2018. Aparte su pareja tiene una niña de otra relación anterior, hija con la que convive los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares.
- e) Doña Sagrario ha trabajado como limpiadora. Su actual pareja tiene trabajo.
- f) Los menores acuden al colegio público " DIRECCION000 " de Badajoz. Entran a las nueve y salen a las tres de la tarde dado que están apuntados al comedor escolar.
- g) Los domicilios de don Romualdo y doña Sagrario no están alejados.
- h) Después de la ruptura de la convivencia, los hijos se quedaron en compañía de la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre.

SEGUNDO. Motivos del recurso de apelación.

Doña Sagrario pide la revocación de la sentencia de instancia para que, en vez de un régimen de **custodia** compartida, se fije una **custodia** monoparental a su favor.

Alega que la sentencia de instancia se aparta de manera injustificada de las conclusiones del informe pericial social y del principio *favor filii*. La recurrente saca a relucir que el mencionado dictamen aconsejaba la **custodia** exclusiva por razón de la actividad laboral desempeñada por el padre. Hacía ver que trabajaba en la hostelería, donde los horarios son prolongados y dificultan la conciliación familiar y laboral.

Además, doña Sagrario invoca cinco motivos más para justificar la **custodia** monoparental.

Primero que la **custodia** compartida supondría de hecho la separación de los hermanos, porque ella acaba de tener un nuevo hijo con otra pareja. Se invocan a tal fin los artículos 92.5 del Código Civil y 39 de la Constitución; así como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia.

En segundo lugar, se achaca al padre haber desatendido en numerosas ocasiones su obligación de llevar a sus hijos al colegio al quedarse dormido. Dice que ello es consecuencia de su trabajo, pues, al ser camarero, su jornada acaba muy tarde.

En tercer lugar, al hilo de lo anterior, se insiste en que el padre, al día de hoy, no puede compatibilizar su trabajo con la **custodia** compartida. La recurrente hace suyas las consideraciones expuestas en la vista por el Ministerio Fiscal. Y añade que no basta, como así hizo en conclusiones la parte contraria, con replicar que, llegado el caso, para hacer viable la **custodia** compartida, el padre acomodaría su trabajo a la nueva situación. Para doña Sagrario la decisión a tomar sobre la **custodia** no pueda basarse en meros hechos futuros.

En cuarto lugar, la recurrente niega haber aceptado el régimen de **custodia** compartida. Argumenta que no puede prevalecer lo que refleja el informe social sobre su propia posición procesal, que ha sido en todo momento propugnar una **custodia** exclusiva.

Y por último, la madre llama la atención sobre la falta de disponibilidad del padre en los periodos no lectivos, pues en esos casos no hay comedor escolar.

TERCERO. Alegaciones de don Romualdo .

El apelado se opone al recurso y niega que la sentencia de instancia haya errado al valorar las pruebas.

Del informe técnico destaca la siguiente consideración literal: no se aprecian múltiples factores de mal pronóstico que impidan o dificulten el éxito de la **custodia** compartida.

Recuerda don Romualdo que trabaja solo a tiempo parcial. Añade además que, para llevar a la práctica la **custodia** compartida, cuenta con el apoyo de su familia extensa.

Por otra parte, en cuanto al nuevo hermano de vínculo sencillo de sus hijos, apunta que el criterio legal admite excepciones. Y destaca que la **custodia** compartida facilita mucho la relación con el nuevo hermano. Que estaríamos hablando de una separación leve e intrascendente. También saca a relucir la importante diferencia de edad de los hermanos, lo que hace que el vínculo entre ellos no sea tan fuerte y decisivo. Y apunta que es más importante la relación del hijo de corta edad con cada uno de sus progenitores que con sus hermanos.



En cuanto a su capacitación para cuidar de sus hijos se remite al informe, que así lo constata. Admite que cualquiera puede tener un error, que quedarse dormido fue un episodio ocasional y que la madre también ha tenido deslices, que son cosas anecdóticas.

En cuanto a su trabajo, don Romualdo hace ver que la conciliación de la vida familiar y laboral no debe ser un impedimento automático para el establecimiento de la **custodia** compartida. Manifiesta que, llegado el caso, acomodará su trabajo para hacerse cargo de sus hijos y removerá los obstáculos para garantizar el pleno ejercicio y efectividad de la guarda y **custodia**.

En todo caso, el apelado insiste en que sus padres y sus hermanas pueden cubrir sus ausencias.

CUARTA. Decisión de la Sala sobre el régimen de **custodia**.

Ciertamente, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la **custodia** compartida, lejos de ser un régimen excepcional, ha de ser el régimen ordinario y deseable de **custodia** de los hijos menores. Y es que este régimen es el ideal, pues es el que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura de la pareja. Además, garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo 391/2015, de 15 de julio ; 22/2018, de 17 de enero y 215/2019, de 5 de abril).

Pero dicho régimen, bien es verdad, con ser el más beneficioso, también tiene sus dificultades y no siempre se puede reconocer. El fin último de la norma es la elección del régimen de **custodia** que, en cada caso concreto, sea más favorable para el menor, en interés de este, no de los progenitores (sentencia del Tribunal Supremo 155/2017, de 7 de marzo).

La actividad laboral de los progenitores, a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de **custodia** compartida. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 30/2019, de 17 de enero , viene a decir que el buen funcionamiento de la **custodia** compartida pasa por tener horarios laborales compatibles. Del mismo modo, también del Tribunal Supremo, la sentencia 593/2018, de 30 de octubre , respecto de un distribuidor autónomo de productos farmacéuticos, deniega la **custodia** compartida por tener un horario difícilmente compatible para su correcto ejercicio. Y la sentencia del Tribunal Supremo 130/2016, de 3 de marzo , rechaza la **custodia** compartida en el caso de un bombero, resaltándose su falta de disponibilidad al tener, entre otras cosas, guardias frecuentes.

Con todo, debemos reconocer que la **custodia** compartida no está prevista solo para progenitores desocupados o empleados con horarios flexibles. En una sociedad donde es habitual que ambos padres trabajen a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples, el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo. No es posible que uno mismo lo haga todo. Eso una realidad. De ahí que la ayuda familiar y la ayuda externa estén a la orden del día. Son un medio o complemento para que los padres puedan atender adecuadamente a sus hijos. Hay que verlo como algo lógico y natural. Eso sí, estamos hablando de complementar, no de sustituir al progenitor en los quehaceres que le son propios. La delegación ha de ser puntual, no total. En ese caso, quiebra el interés del menor y hace inviable cualquier tipo de **custodia**, la exclusiva y la compartida.

De ahí también que los camareros, dependientes, repartidores, etcétera, puedan ser tributarios de la **custodia** compartida. Como es obvio, todo dependerá de las circunstancias particulares de cada persona.

El problema aquí, sin embargo, es que concurren circunstancias que, al menos en un juicio apriorístico, no nos permiten concluir que la implantación de la **custodia** compartida sea lo mejor para los menores.

No dudamos de la idoneidad de don Romualdo para cuidar de sus hijos. Tiene aptitud y plena disposición para cuidar perfectamente de sus hijos. El problema es el tiempo del que dispone. Sí, en su situación laboral actual, pese a la ayuda familiar, vemos que puede ser contraproducente la adopción de dicha **custodia**. Y ello por las razones que exponemos a continuación.

En primer lugar, la decisión a tomar sobre la guarda y **custodia** descansa en el estado de hecho presente, actual. Una cosa es que los progenitores tengan que facilitar la **custodia** compartida y otra distinta especular sobre la situación laboral futura. Tanto en fase de conclusiones en la vista del juicio como en su escrito de oposición a la apelación, don Romualdo nos habla del futuro. Nos dice que acomodará su trabajo para hacerse cargo de sus hijos, que si algún día el horario laboral se extiende más removerá los obstáculos necesarios para garantizar el pleno ejercicio y efectividad de la **custodia**. Bien, la intención es buena, pero no dejamos de encontrarnos ante un fleco o contrariedad importante para afrontar con éxito la **custodia** compartida. Un fleco porque, al día de hoy, al trabajar como camarero, su jornada laboral puede hacer difícil el cumplimiento de sus deberes parentales diarios.



Fleco que se acrecienta cuando vemos que, en alguna ocasión, los hijos no han ido al colegio porque el padre se había quedado dormido. Él mismo, con una probidad que le honra, lo ha reconocido.

Y fleco que persiste cuando el hijo mayor, Adriano, de diez años, ante la trabajadora social, manifestó que le gustaría estar más tiempo con su padre, pero que sabía que tenía que trabajar y no siempre podía.

Es decir, estamos hablando de datos concretos y objetivos que introducen una seria duda sobre cuál es aquí el régimen de **custodia** más favorable para los menores.

En semejante contexto, en línea con las conclusiones del informe pericial social y con la tesis del Ministerio Fiscal, apreciamos que, en el momento actual, la **custodia** compartida no parece el mejor régimen de **custodia**. Este juicio apriorístico está avalado por las circunstancias expuestas. Como señala el Fiscal, los elementos de juicio con los que contamos no ofrecen la necesaria seguridad y estabilidad para los menores. Por supuesto, si las circunstancias cambian, podrá replantearse, en su caso, otra decisión. Lo que no podemos ahora es decidir para el futuro: resulta prematuro (sentencia del Tribunal Supremo 442/2017, de 13 de julio).

Por otra parte, no se puede pasar por alto la situación de hecho actual. Desde la ruptura, los menores han venido conviviendo con su madre. Hoy día lo siguen haciendo y, además, lo hacen también con la pareja sentimental de ella y con su hermano de vínculo sencillo. Y lo hacen en un entorno plenamente satisfactorio según así constata la trabajadora social autora del informe.

Por todo ello, debemos revocar la sentencia de instancia en el sentido interesado por doña Sagrario y por el Ministerio Fiscal, aprobando entonces un régimen de **custodia** exclusiva.

QUINTO. Fijación de las medidas parejas al régimen de **custodia** monoparental.

Respecto a los alimentos, fijamos una pensión de 150 euros a favor de cada hijo. Don Romualdo cuenta con recursos propios, está trabajando, y ya en su contestación a la demanda reconocía que, tras la ruptura de la convivencia, estuvo pasando trescientos euros a la madre.

En cuanto a las visitas, en línea con la petición subsidiaria de don Romualdo, establecemos las siguientes:

- fines de semana alternos, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, en invierno, y hasta las 22:00 horas en verano; así como todos los martes y jueves, desde las 18:00 horas hasta las 20:00 horas en invierno, y hasta las 22:00 horas en verano.

- vacaciones de Navidad, vacaciones de Semana Santa y vacaciones estivales: la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y de Semana Santa, comprendiendo el primer periodo desde las 18 horas del último día lectivo hasta las 20 horas del Miércoles Santo, en el primer caso, y del 30 de diciembre, en el segundo; y el segundo periodo desde ese momento hasta las 20 horas del último día de vacaciones, correspondiendo la elección a la madre en los años pares y al padre en los impares; y un mes en las vacaciones de verano, correspondiendo la elección a la madre en los años pares y al padre en los impares.

- en los supuestos de enfermedad padecida por los menores, el progenitor a cuyo cuidado estuvieren, se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este supuesto visitarlos.

- durante los periodos de vacaciones que correspondan a la madre, quedará en suspenso el derecho de visitas y el de estancias de fines de semana y martes y jueves asignados al padre.

Por lo demás, en virtud del principio de distribución equitativa de las cargas, cada progenitor recogerá al menor en el domicilio del progenitor custodio, al objeto de ejercitar su derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio.

SEXTO. Costas.

Estimado el recurso, no se hace especial pronunciamiento en costas (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Estimamos el recurso de apelación interpuesto por doña Sagrario contra la sentencia de 28 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badajoz en el procedimiento de guarda y **custodia** 716/2016 y, en consecuencia, revocamos dicha resolución.



Segundo . En relación a los dos hijos que tienen en común doña Sagrario y don Romualdo , acordamos que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

Tercero. Atribuimos la guarda y **custodia** de los hijos a la madre.

Cuarto. El padre, en concepto de pensión de alimentos y dentro de los primeros cinco días de cada mes, abonará a la madre la cantidad de trescientos euros mensuales (150 euros por cada hijo), cantidad que deberá actualizarse anualmente conforme a las variaciones del IPC y con efectos de 1 de enero de cada año.

Quinto. El padre, a falta de acuerdo, tendrá derecho a las siguientes visitas:

-Fines de semana alternos, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, en invierno, y hasta las 22:00 horas en verano; así como todos los martes y jueves, desde las 18:00 horas hasta las 20:00 horas en invierno, y hasta las 22:00 horas en verano.

-Vacaciones de Navidad, vacaciones de Semana Santa y vacaciones estivales: la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y de Semana Santa, comprendiendo el primer periodo desde las 18 horas del último día lectivo hasta las 20 horas del Miércoles Santo, en el primer caso, y del 30 de diciembre, en el segundo; y el segundo periodo desde ese momento hasta las 20 horas del último día de vacaciones, correspondiendo la elección a la madre en los años pares y al padre en los impares; y un mes en las vacaciones de verano, correspondiendo la elección a la madre en los años pares y al padre en los impares.

-En los supuestos de enfermedad padecida por los menores, el progenitor a cuyo cuidado estuvieren, se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este supuesto visitarlos.

-Durante los periodos de vacaciones que correspondan a la madre, quedará en suspenso el derecho de visitas y el de estancias de fines de semana y martes y jueves asignados al padre.

-Cada progenitor recogerá al menor en el domicilio del progenitor custodio, al objeto de ejercitar su derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio.

Sexto. No se imponen las costas en esta alzada.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.