



Roj: **SAP M 3064/2024 - ECLI:ES:APM:2024:3064**

Id Cendoj: **28079370242024100100**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **06/02/2024**

Nº de Recurso: **648/2023**

Nº de Resolución: **76/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES PLANES MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimocuarta

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020

Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.058.00.2-2023/0003883

Recurso de Apelación 648/2023 Negociado 4. Tfnos. 914936142 - 914936137

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Fuenlabrada

Autos de Familia. Guarda, **Custodia** o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 133/2023

APELANTE: D./Dña. Pilar

PROCURADOR D./Dña. FERNANDO ESTEBAN CID

APELADO: D./Dña. Ángel Daniel

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN GARCIA MARTIN

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma Sra. Dª **MARÍA DOLORES PLANES MORENO**

SENTENCIA N° 76/2024

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Campo Izquierdo

Ilma. Sra. Dª María Dolores Planes Moreno

Ilma. Sra. Dª María Victoria Sainz de Cueto Torres

En Madrid, a seis de febrero de dos mil veinticuatro.

La Sección Vigésimocuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por las Sres/Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes Autos de Familia. Guarda, **Custodia** o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 133/2023 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Fuenlabrada, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 21-4- 2023.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con el mismo.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARÍA DOLORES PLANES MORENO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Fuenlabrada se dictó Sentencia de fecha 21-4-2023, cuyo fallo es el tenor siguiente:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Ángel Daniel frente a Pilar . Acordando las siguientes medidas:

1.-La revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los litigantes hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica.

*2.-Se establece desde la fecha del dictado de la presente resolución un régimen de **custodia compartida** por períodos de semanas alternas con cada uno de los progenitores.*

*En defecto de otro acuerdo entre los progenitores se establece un régimen de **custodia compartida** por semanas alternas con cada uno de ellos, de lunes a lunes, siendo llevado al centro escolar por el progenitor con el que haya pasado la semana anterior y será recogido por el otro progenitor a la salida. En caso de que el día sea festivo el intercambio se realizará a las 10 horas.*

Corresponde al progenitor con el que no esté en esa semana el menor tenerlo en su compañía dos tardes entre semana, en defecto de acuerdo serán los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta las 19:00 horas. Las entregas se realizarán en el domicilio del progenitor custodio en esa semana.

Corresponde a cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, comprendiendo las de verano los meses de julio y agosto, que se dividirán por quincenas alternas con cada progenitor. En defecto de otro acuerdo entre los progenitores elegirá la madre los años pares y el padre los impares.

Debiendo comunicar a otro progenitor el período elegido con, al menos, dos meses de antelación al comienzo de su disfrute.

Pudiendo auxiliarse los progenitores de terceras personas de su confianza en las entregas y recogidas y en el período de estancias con cada uno de ellos en la compatibilización de sus obligaciones laborales con el cuidado del hijo.

Teniendo en cuenta el régimen de estancias establecido no se considera necesaria una regulación pormenorizada para fechas señaladas, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudieran llegar los progenitores.

Ni tampoco el establecimiento de un régimen de comunicaciones con el menor.

*Corresponde a ambos progenitores la patria potestad de forma **compartida**.*

3.-Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre.

4.- Deberá cada progenitor hacer frente a los gastos de alimentación y vestido del hijo en los períodos de estancia con cada uno de ellos.

En el porcentaje del 50% contribuirán al abono de todos los gastos escolares incluido comedor, libros de texto, material escolar, AMPA, cooperativa escolar, salidas escolares

En el porcentaje del 50%, contribuirán a los gastos extraordinarios del hijo, entre otros, los gastos médicos y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado, los complementarios de educación y formación, previo acuerdo entre los progenitores a su establecimiento o en su defecto autorización judicial, salvo en los casos de urgencia.

No se hace imposición en materia de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte apelante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó el señalamiento de la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 31 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admite la fundamentación jurídica que contiene la sentencia recurrida, salvo en lo que pudiera resultar contradictoria con la que contiene la presente resolución.

PRIMERO.- Por la representación procesal de D^a. Pilar , se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada el día 21 de abril de 2023, en la que se establece la **custodia compartida** del hijo menor de edad de las partes, Camilo , nacido el día NUM000 de 2021, y que contaba por tanto e la fecha de la sentencia con dos años de edad, y solicita que se fije una **custodia** materna, con un amplio régimen de visitas, hasta que el menor alcance los tres años de edad.

Alega para ello, que la **custodia compartida** no es beneficiosa para el menor, por una parte, porque mantiene por consejo pediátrico, la lactancia materna, y por otro, porque el padre entre a trabajar a las 8 de la mañana, igual que la abuela paterna, lo que le obliga a dejar al niño en el colegio hasta las 7 de la mañana, donde desayuna, lo que supone para el niño tener que madrugar en exceso, y casi dos horas más que si permaneciera en el domicilio materno.

SEGUNDO.- En relación al régimen de **custodia** de los hijos menores, debemos partir de la base de que el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas resoluciones la conveniencia de establecer el régimen de **custodia compartida**, en la medida en que sea posible, por ser la situación más cercana a la preexistente a la ruptura matrimonial. En efecto, tal y como señalan las sentencias del TS de 30 de mayo de 2016 y de 13 de julio de 2017, "Se ha de partir de que el régimen de guarda y **custodia compartida** debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 de abril de 2014 , 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Con el sistema de **custodia compartida**, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

- a) Se fomenta la integración de los menores 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 de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia"

Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre)."

Continúa señalando esa sentencia que, a la vista de las anteriores consideraciones, se habrá de dilucidar en cada caso concreto si prima en la decisión que se adopta 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, de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 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" (SSTS 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015).

Con tales premisas hemos de analizar si en este caso se dan los presupuestos necesarios para poder acordar un régimen de **custodia compartida**, y si el sistema establecido en la sentencia, por la que el menor está una semana con cada progenitor, de lunes a lunes, con dos tardes entre semana con el otro progenitor y reparto de las vacaciones por mitad es adecuado para el niño y respeta su primordial interés.

Y, en este sentido hay que señalar que el sistema establecido respeta la doctrina jurisprudencial, ya que por una parte, el hecho de que el niño sea lactante, y puesto que en la actualidad, ya tiene casi 3 años, asiste a colegio desde que tenía un año, e incluso se queda al servicio de comedor, no puede impedir el reparto igualitario de sus tiempos con ambos progenitores. No constan otros impedimentos para el ejercicio de la **custodia compartida**,



pues en cuanto a los horarios del padre, la documental aportada por D^a , Pilar acredita que su horario laboral es idéntico al del padre. Consta que ambos progenitores tienen una adecuada disponibilidad para cuidar del niño, y ambos necesitarán del apoyo familiar o de terceros para ocuparse de él ocasionalmente.

TERCERO.- La propia recurrente, no pone en duda las aptitudes del padre para cuidar y atender a su hijo, y el hecho de que la madre durante la convivencia se haya ocupado en mayor medida, no impide establecer este tipo de **custodia** de acuerdo con la Jurisprudencia de nuestro alto Tribunal.

Cierto, que el cese de la convivencia se produce antes del año del nacimiento del pequeño, y a esa edad, la vinculación de los pequeños, sobre todo si son lactantes, con la madre, es habitualmente, más intensa, lo que no debe llevar a excluir al padre del cuidado del niño cuya evolución natural comporta precisamente dejar de ser dependiente exclusivamente de quien amamanta, siendo significativa a este respecto la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2018, que establece la guarda y **custodia compartida** en contra de la decisión del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial proclamando que *"la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar en la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior"*.

Por último señalar que la madre ha solicitado la **custodia** exclusiva hasta que el menor cumpla los tres años de edad, y para esto faltan solo dos meses, y por tanto, no se estima procedente dejar sin efecto el régimen establecido, para volver al mismo dentro de dos meses, lo que podría alterar la vida y rutinas del menor.

CUARTO.- La desestimación del recurso, conlleva la imposición de las costas procesales ocasionadas en esta alzada al parte recurrente (art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación

FALLO

DESESTIMAMOS, el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Álvarez Santos, en nombre y representación de D^a. Pilar , contra la sentencia dictada el día 21 de abril de 2023, en el procedimiento de Regulación de las relaciones entre las partes y sus hijo menor de edad, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, nº 7 de Fuenlabrada, con el nº de autos 133/2023, de los que el presente rollo dimana, y en consecuencia confirmamos íntegramente la citada resolución. Con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Dese al depósito el destino legal.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 3231-0000-00-0648-23, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.