



Roj: **SAP BI 545/2015 - ECLI:ES:APBI:2015:545**

Id Cendoj: **48020370042015100085**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **13/03/2015**

Nº de Recurso: **713/2014**

Nº de Resolución: **147/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación de divorcio contencioso LEC 2000**

Ponente: **ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA**  
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.06.2-14/002119

NIG CGPJ / IZO BJKN :48.044.42.1-2014/0002119

**A.divor.conte.L2 / E\_A.divor.conte.L2 713/2014**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Getxo / Getxoko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 2 zk.ko ZULUP

Autos de Divorcio contencioso LEC 2000 159/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Rafaela

Procurador/a/ Prokuradorea:GERMAN ORS SIMON

Abogado/a / Abokatua: GONZALO VIDORRETA LASA

Recurrido/a / Errekurritua: Pedro Antonio

Procurador/a / Prokuradorea: OSCAR MUÑOZ MENDIA

Abogado/a/ Abokatua: LUIS AZURMENDI GONZALEZ

**SENTENCIA Nº 147/2015**

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

En BILBAO (BIZKAIA), a trece de marzo de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Divorcio Contencioso LEC 2000 159/2014 de la UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Getxo, a instancia de **D. Rafaela** , apelante - demandante, representada por el Procurador D. GERMAN ORS SIMÓN y defendida por el Letrado D. GONZALO VIDORRETA LASA, contra **D. Pedro Antonio** , apelada (se opone al recurso) - demandada, representado por el Procurador D. ÓSCAR MUÑOZ MENDIA y defendido por el Letrado D. LUIS AZURMENDI GONZÁLEZ. Con la intervención



del **MINISTERIO FISCAL**, se adhiere al recurso; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 24 de junio de 2014.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - La Sentencia de instancia de fecha 24 de junio de 2014 es de tenor literal siguiente:

" **FALLO** : Estimar en parte la demanda interpuesta por el procurador Sr. Ors Simón en nombre y representación de D<sup>a</sup> Rafaela frente a D. Pedro Antonio, representado en estos autos por el procurador Sr. Muñoz Mendía, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y en su virtud acordar:

La disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por D<sup>a</sup> Rafaela y D. Pedro Antonio, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración.

La patria potestad sobre los menores Felicísimo y Isidro se atribuye a ambos progenitores, y será ejercida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del C. Civil. Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a los hijos tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia de los menores o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quién le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar. Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

La guarda y custodia sobre el menor se atribuye a ambos progenitores de forma compartida, y se ejercerá de la siguiente forma: por semanas alternas, de forma que el domingo de cada semana el uno de los progenitores recogerá a los menores a las seis de la tarde en el domicilio del otro progenitor, y lo tendrá consigo hasta el domingo siguiente a la misma hora que será entregado en el domicilio del otro progenitor. Tal régimen regirá para Felicísimo desde la notificación de la presente sentencia, y respecto de Isidro, desde el siete de enero de 2015; hasta entonces la custodia de Isidro se atribuye a su madre, pudiendo su padre visitarlo todos los martes, jueves y sábados de cuatro a siete de la tarde, que será retornado al domicilio de la Sra. Rafaela.

Aquél de los progenitores que no ejerza la custodia esa semana podrá visitarlos los martes y jueves de cuatro a siete, que los devolverá al domicilio del progenitor custodio esa semana. Durante las vacaciones, se interrumpirá el régimen anterior, de forma que en Navidades, uno de los progenitores tendrá en su compañía a Felicísimo y Isidro desde el último día lectivo hasta el 30 de diciembre a las 17 horas y el otro desde entonces hasta el primer día lectivo. En Semana Santa, las vacaciones del menor se dividirán por mitad, correspondiendo a cada uno la compañía de los niños una de las mitades. Las vacaciones de verano se dividirán en quincenas, que se alternarán entre ambos progenitores. En todos los casos, y a falta de acuerdo, elegirá el padre los períodos que quiere pasar con el menor los años pares y a la madre los impares, siempre con un preaviso al otro progenitor de al menos un mes antes de cada período vacacional. Este régimen de vistas vacacional regirá para Isidro a partir de 2015, manteniéndose hasta entonces el régimen fijado en el apartado C.

El uso de la vivienda y ajuar familiares se atribuye a la Sra. Rafaela.

Para la contribución al sostenimiento de los gastos de los menores se abrirá una cuenta a nombre de los niños, a la que tengan acceso ambos progenitores, y en la que se ingresarán 550 euros por cada uno de los progenitores, cantidad que se actualizará anualmente conforme al IPC desde el uno de enero de 2015. Los



gastos extraordinarios, de tipo médico, quirúrgico, viajes necesarios, actividades extraescolares y en general los que excedan de las necesidades normales de vivienda, alimentación, vestido y educación, serán por cuenta de ambos progenitores al 50%, previa exhibición de presupuesto o factura por parte del progenitor custodio al otro.

Sin imposición de costas."

**SEGUNDO.** - Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la demandantese interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 713/14 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

**TERCERO.** - Hecho el oportuno señalamiento, la vista del recurso se celebró ante la Sala.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para deliberación y resolución.

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

Ha sido Ponente para este trámite la **Ilma. Sra. Magistrado DÑA. ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** -Frente a la Sentencia de primera instancia y el Auto que la aclara, que decreta la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Pedro Antonio y D<sup>a</sup> Rafaela y establece, entre otras medidas, la guarda y custodia compartida de los hijos menores, se alza la demandante que postula la revocación de la Sentencia apelada y el dictado de otra en su lugar que le atribuya la guarda y custodia de los dos menores, visitas a favor del padre los martes y los jueves desde las 18 hasta las 19,30 h. y los domingos desde las 16 a las 20 hasta que el menor de los dos hijos cumpla tres años y después el régimen que se detalla en el suplico, uso de la vivienda que fue domicilio familiar a la madre y a los menores, pensión de alimentos de quinientos cincuenta (550) euros a favor de los dos hijos y gastos extraordinarios por mitad, con revalorización anual. Como fundamento del recurso alega errónea valoración del interés superior del menor, por no ser conforme a tal principio el régimen de guarda y custodia compartida para niños de la edad de los hijos de los litigantes.

**SEGUNDO.** -La STS 12 de diciembre de 2013 señala que " la Sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 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, 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",Es decir - STS 19 de julio 2013 -, 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, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, 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 éstos con aquél.

En las alegaciones que se vierten en el escrito de interposición de recurso se combate la medida de atribución de guarda y custodia compartida de los menores por las mismas razones que se alegaron en la demanda para oponerse a la medida, la edad de los menores y la condición de lactante del hijo más pequeño Isidro , sin plantear otras cuestiones que pudieran dificultar la guarda y custodia compartida tales como distancia de los domicilios de los progenitores, horario laboral del padre u otras circunstancias que pudieran dificultar la atención de los menores.

Y en el extenso alegato que ha hecho la defensa de la apelante en la vista no ha señalado ningún óbice relevante para el ejercicio de la guarda y custodia compartida más allá de insistir en la inconveniencia de aplicar tal régimen a dos niños de corta edad y la imposibilidad de alimentar al más pequeño con leche materna en tal régimen. Y ciertamente los dos hijos son pequeños, el mayor, Felicísimo , cumplió el pasado noviembre dos años -nació el NUM000 2012- y el pequeño, Isidro , cumplirá un año el próximo mes de abril -nació NUM001



de 2014-, pero el resultado de la prueba practicada revela que el padre de los menores tiene las habilidades necesarias para hacerse cargo de los dos niños, y en este sentido se destaca que D. Pedro Antonio fue el cuidador principal del menor Felicísimo entre los cuatro y los nueve meses de edad de éste, pues coincidió que en aquella época había decidido voluntariamente dejar su trabajo en Pamplona para poder estar más tiempo con su familia mientras que D.<sup>a</sup> Rafaela se reincorporó a su trabajo tras la baja de maternidad, y durante todo el tiempo en el que la Sra. Rafaela estaba fuera del domicilio el Sr. Pedro Antonio se dedicaba en exclusiva al cuidado del niño. Por otra parte, la alimentación del menor Isidro no constituye un obstáculo importante para la guarda compartida porque, como se ha dicho, el menor cumplirá pronto un año y a partir de los seis meses la alimentación mediante leche materna, cuando se mantiene, es complementaria, puede llevarse a cabo a través de un banco de leche y es sustituible sin ningún perjuicio para el menor por leche adaptada, a lo que se añade que, como señala la Sentencia apelada, la reincorporación de la Sra. Rafaela al trabajo ya impone un cambio en la alimentación del menor pues aunque la misma tenga jornada reducida el régimen de lactancia no puede ser el mismo.

En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución contra la que se formula.

**CUARTO.-** En aplicación de lo dispuesto en el art. 398 LEC se imponen a la recurrente las costas causadas en el recurso.

**QUINTO.** - La disposición adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, y su Constitución

## FALLAMOS

Que desestimado el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN en representación de D.<sup>a</sup> Rafaela contra la Sentencia de fecha 24 de junio de 2014, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de la UPAD de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Getxo, en los Autos de Divorcio Contencioso nº 159/2014, de los que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia apelada con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el recurso.

Transfírase el depósito por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0713 14. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15<sup>a</sup> de la LOPJ ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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