



Roj: **SAP VA 1180/2020 - ECLI:ES:APVA:2020:1180**

Id Cendoj: **47186370012020100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **01/09/2020**

Nº de Recurso: **469/2019**

Nº de Resolución: **291/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00291/2020**

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

**Teléfono:** 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MSV

**N.I.G.** 47186 42 1 2019 0000815

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000469 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000047 /2019

Recurrente: Nicanor

Procurador: LAURA CARDEÑOSA CALVO

Abogado: MARIA CARMEN RUIZ ALBI

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Isabel

Procurador: , JORGE FAUSTINO RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS

Abogado: , RUBEN GUTIERREZ LOPEZ

**SENTENCIA num. 291/2020**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**

**D. FRANCISCO SALINERO ROMAN**

**D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL**

En VALLADOLID, a uno de septiembre de dos mil veinte.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Guarda y Custodia núm. 47/19 del Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Valladolid, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-APELADA Dña. Isabel**, representada por el Procurador D. JORGE FAUSTINO RODRÍGUEZ-MONSALVE GARRIGOS y defendida por el letrado D. RUBÉN GUTIÉRREZ LÓPEZ, y de



otra como **DEMANDADA-APELANTED. Nicanor** , representado por la Procuradora Dña. LAURA CARDEÑOSA CALVO y defendido por la letrada Dña. MARÍA CARMEN RUIZ ALBI, con intervención como apelado del **MINISTERIO FISCAL**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 11/07/2019, se dictó sentencia, y con fecha 17/7/19 Auto de Aclaración, cuyo fallo dice así:

"Se **ESTIMA** la demanda sobre guarda y custodia y alimentos formulada por Doña Isabel frente a Don Nicanor , con relación a su hijo menor de edad, Valentín , y **ACUERDO** las siguientes medidas:

1.- La patria potestad sobre el hijo menor, será compartida entre ambos progenitores que la ejercerán conforme al artículo 156 del Código Civil .

2.- La guarda y custodia del hijo menor, se atribuye a la madre, Doña Isabel .

*El padre podrá estar en compañía de su hijo todos los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 21:00 horas que lo reintegrará al domicilio materno y todos los miércoles desde la salida de la guardería o centro escolar hasta las 20:00 horas que lo reintegrará al domicilio materno.*

**\*\*\*** Las vacaciones escolares las disfrutarán los progenitores por mitad, las de Navidad, Semana Santa y verano.

- El periodo de Navidad se distribuirá en dos periodos, el primero comenzará el último día lectivo a la salida del centro escolar y terminará el día 30 de diciembre a las 18:00 horas, y el segundo, desde ese día al anterior al primer día lectivo que las reintegrará el progenitor no custodio al domicilio familiar.

- Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos iguales alternativos, el primer periodo desde el último día lectivo a la salida del centro escolar hasta la mitad del periodo vacacional a las 18:00 horas y el segundo desde ese día que constituye la mitad de las vacaciones, hasta el anterior al primer día lectivo que lo reintegrará el progenitor no custodio al domicilio familiar.

-Las vacaciones estivales, durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre, se dividirán en seis periodos que se disfrutarán alternativamente:

\*El primer periodo, desde último día lectivo a la salida del centro escolar, hasta el 1 de julio a las 18:00 horas.

\*El segundo periodo, desde el 1 de julio a las 18:00 horas hasta las 18:00 horas del día 15 de julio.

\*El tercero, desde el 15 de julio a las 18:00 horas hasta el 1 de agosto a las 18:00 horas.

\*El cuarto periodo desde las 18:00 horas de 1 de agosto a las 18:00 horas hasta el 15 de agosto a las 18:00 horas.

\* El quinto periodo desde el 15 de agosto a las 18:00 horas hasta el 31 de agosto a las 18:00 horas.

\* El sexto periodo desde el 31 de agosto a las 18:00 horas hasta el primer día lectivo que lo reintegrará al centro escolar el progenitor que lo tenga en su compañía.

*Las entregas y recogidas se harán siempre en el domicilio materno cuando no se esté en periodo escolar y el disfrute de los periodos vacacionales tendrán una alternancia rotatoria, los años pares corresponderá elegir al padre el periodo y los impares elegirá la madre.*

*El padre y la madre podrán comunicarse telefónicamente y por otros medios telemáticos con su hijo en los periodos en que estén con el otro progenitor todos los días entre las 19:00 horas y las 20:00 horas, salvo que los progenitores pacten otro horario y se preferirán las comunicaciones mediante sistema audiovisual.*

*Dado que el menor todavía no está en edad de enseñanza obligatoria, se tomará como base, el calendario escolar que publica la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.*

*Todas las entregas y recogidas del menor que no puedan hacerse en la guardería o en el centro escolar se llevarán a cabo en el domicilio materno.*

3.- Don Nicanor abonará en concepto de pensión de alimentos a su hijo, la suma de 300,00 euros mensuales, suma fijada que será abonada por el obligado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre y que se actualizará anualmente conforme al IPC que determine el INE u Organismo que los sustituya.



Los gastos extraordinarios del hijo menor se abonarán por mitad entre los progenitores, entendiéndose por tales los gastos médicos sanitarios y farmacéuticos no cubiertos por las Seguridad Social o seguro privado de los padres y los educacionales como las clases particulares de asignaturas troncales que vengan recomendadas por el centro escolar.

4.- Se atribuye al hijo menor de edad el uso del domicilio que fue familiar sito en la CALLE000 , NUM000 de DIRECCION000 hasta que adquiera la mayoría de edad, salvo que sus progenitores pacten cosa distinta, donde convivirá con su madre, quien se hará cargo de todos los gastos derivados del uso, siendo de cargo de D. Nicanor todos los gastos derivados de la propiedad.

No se hace expresa imposición de costas."

La PARTE DISPOSITIVA del auto de rectificación de la sentencia es del tenor literal siguiente:

"SE ACUERDA, **rectificar el error contenido en el apartado 3 del fallo de la sentencia dictada en este proceso de fecha 11/7/19 , en el sentido que donde dice "Don Nicanor abonará en concepto de pensión de alimentos a su hijo, la suma de 300,00 euros mensuales", debe decir "Don Nicanor abonará en concepto de pensión de alimentos a su hijo, la suma de 800,00 euros mensuales"** .

**TERCERO.-** Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de D. Nicanor , se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10/3/2020, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el **ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por la representación procesal de Nicanor se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 11-7-2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, aclarada por auto de 17-7-2019, por la que se estima la demanda sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores y, entre otras medidas, se acuerda:

1. la atribución de la guarda y custodia del hijo menor a la madre;
2. un régimen de visitas a favor del padre que, aparte del régimen vacacional y de entregas y recogidas que no se discute, fija visitas los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta las 21:00 h. del domingo, y los miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20:00 h.;
3. la atribución del uso de la vivienda familiar al menor y al progenitor custodio hasta que aquel alcance la mayoría de edad;
4. la fijación de una pensión alimenticia para el menor de 800 €/mes.

En síntesis, la parte apelante apela la sentencia por entender que:

1. incurre en error en la valoración de la prueba sobre la situación económica del apelante lo que conduce a la fijación de una pensión alimenticia de cuantía desproporcionada;
2. incurre en error en la valoración de la prueba sobre la disponibilidad del padre para hacerse cargo del menor en un régimen de custodia compartida que es el que resulta procedente y de preferente aplicación;
3. atribuye indebidamente el uso de la vivienda familiar al hijo y a la madre cuando la vivienda es de su propiedad exclusiva y debería habersele atribuido a él en un régimen de custodia compartida conforme a la doctrina del Tribunal Supremo.

La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación y, sin embargo, mantiene las peticiones de custodia compartida, de atribución del uso de la vivienda familiar y de pensión formuladas en su escrito de conclusiones que fueron denegadas por la sentencia de instancia.

### SEGUNDO.-SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA FRENTE A LA CUSTODIA COMPARTIDA DEL HIJO MENOR.



La madre interesa en su demanda un régimen de custodia exclusiva a su favor. El padre se opone a dicha medida por considerar que lo procedente es un régimen de custodia compartida.

Consta en autos por las declaraciones de la madre - el padre no ha negado tal extremo - que ha sido la madre la que se ha venido ocupando del menor (que ahora tiene 4 años) desde su nacimiento, adaptando su horario laboral a las necesidades de cuidado del niño (trabajaba, hasta la crisis de la pareja, llevando la contabilidad de las empresas del padre).

Consta también en autos por su interrogatorio que el padre ha venido viajando por razón de su trabajo al menos dos veces a la semana (tres veces, dice la madre, que añade que en algunas ocasiones tales viajes se extendían también a los fines de semana), especialmente a Madrid, Barcelona, Canarias y Levante. El apelante también ha reconocido que es titular de ocho sociedades, una de ellas en Canarias. El apelante declaró en el acto del juicio que, sin embargo, desde hacía cuatro meses ya no viajaba, que había cerrado su oficina en Madrid y que gestionaba sus diferentes empresas y sociedades por internet desde su despacho en Valladolid. Tal afirmación, a falta de prueba en contrario distinta de su mera declaración, no resulta creíble. Si viajaba hasta poco tiempo antes de celebrarse el juicio, si tiene ocho sociedades de diverso objeto social (que van desde la hostelería y los alimentos hasta la consultoría, pasando por la actividad inmobiliaria o la de hidrocarburos) y una nutrida actividad comercial, no resulta creíble un cese de actividad como la que narra el demandado, y menos aun cuando la misma se produce al poco tiempo de presentarse una demanda sobre la custodia del hijo menor, en el que, necesariamente y a la hora de decidir el régimen de custodia más adecuado para el menor, va a ser valorada la disponibilidad personal y de tiempo de los progenitores para hacerse cargo de los cuidados del hijo común.

Así pues, no consta acreditada suficientemente una razonable disponibilidad personal y de tiempo por parte del padre para el cuidado de su hijo, lo que en caso de custodia compartida necesariamente determinaría, en contra del interés del menor, que el mismo quedara en muchas ocasiones bajo los cuidados de la familia extensa del padre. Y, como bien razona la sentencia de instancia, una cosa es que se valoren como positivos los apoyos familiares que pueda tener un progenitor para el cuidado de sus hijos, y otra muy distinta que la mayor parte o una parte sustancial de dichos cuidados la asuman familiares distintos del progenitor.

Pero es que, además, el padre tampoco ha presentado un plan de parentalidad contradictorio que fundamente su oposición a la custodia exclusiva de la madre y la procedencia de una custodia compartida, cuando dicho plan resulta necesario para valorar la procedencia de una custodia compartida conforme a la doctrina del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en las STS 593/2018, de 30 de octubre y STS 130/2016 de 3 de marzo. Esta última, en un supuesto *mutatis mutandi* análogo al de litis, declara que:

***"Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".***

***Sucede en este caso que es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de la niña desde su nacimiento hasta el momento actual y que por tal motivo solicitó una reducción de la jornada laboral como maestra para tener más disponibilidad de tiempo para el cuidado y atención de la menor; sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales.***

***A su vez el padre, bombero de profesión, tiene un trabajo por el sistema de turnos, por el que realiza guardias de 24 horas, contando luego con tres días de descanso. Vive en DIRECCION001 situado a 35 kilómetros del domicilio de la menor, y tiene su puesto de trabajo en DIRECCION002, situado a unos 54 kilómetros de DIRECCION001 y a unos 36 kilómetros de DIRECCION003. En estos momentos la niña está escolarizada en un centro público de DIRECCION003 y ningún plan contradictorio ofrece el padre sobre los pormenores en que va***



**a consistir la custodia compartida teniendo en cuenta todas estas circunstancias. Lo cierto es que existe una situación estable para la menor, y no parece conveniente acordar un régimen de custodia como el interesado que no resulta el más idóneo para proteger el interés de la menor que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida, pues se le coloca en una situación de verdadera incertidumbre sobre su cuidado y escolarización, como así lo ha considerado la sentencia recurrida, y todo ello teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas."**

En el caso de litis el progenitor que se opone a la custodia exclusiva de la madre se limita a proponer el régimen de custodia compartida como régimen preferente en abstracto, pero no ha aportado un plan de parentalidad que aborde, en concreto y con el respaldo probatorio correspondiente, los distintos aspectos a que se refieren las expresadas sentencias del Tribunal Supremo y, en particular, cómo afrontar su falta de disponibilidad personal y de tiempo para el cuidado y compañía del menor, o la falta de una vivienda propia en la que desarrollar dicha convivencia, sin que sea excusa para ello la posibilidad de recuperar la posesión de la vivienda privativa que constituye el actual domicilio familiar del menor y su madre vinculada al establecimiento de un régimen de custodia compartida, posibilidad que, tal y como se pide, se presenta como de interés particular del progenitor más allá del interés del menor.

Por otro lado, no se ha practicado en la presente litis prueba pericial psicosocial (solicitada y denegada tal prueba en la primera instancia, no ha sido solicitada en esta segunda instancia) que hubiese podido aportar a este Tribunal de apelación otros elementos de juicio para valorar la conveniencia o inconveniencia del régimen de custodia compartida en un caso como el de litis.

En suma, aunque el régimen de custodia compartida ha 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 (por todas STS 25 de abril 2014), lo cierto es que en el caso de litis, como dice la STS 130/2016 citada *ut supra*, existe una situación estable para el menor, y no parece conveniente acordar un régimen de custodia compartida que no resulta el más idóneo para proteger el interés del mismo que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida, pues se le coloca en una situación de verdadera incertidumbre sobre su cuidado y atención por parte del progenitor.

#### **TERCERO.- SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.**

Descartado el régimen de custodia compartida, no resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial invocada por la parte apelante, sino lo dispuesto en el art. 96, primer párrafo, C.C. según el cual:

**"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden."**

En el presente caso, aunque la madre ha ofrecido al padre la posibilidad de restituírle el uso de la vivienda familiar por ser de su exclusiva propiedad a cambio de una pensión alimenticia para el menor de 1400 €/mes (800 €/mes de la pensión alimenticia ya fijada y 600 €/mes más como coste de alquiler de una vivienda análoga en la misma urbanización), no consta que el padre haya accedido a tal propuesta por lo que no puede hablarse de acuerdo que permita excepcionar lo dispuesto en el expresado precepto.

#### **CUARTO.- SOBRE EL RÉGIMEN DE VISITAS.**

Dada la escasa edad del menor (tiene actualmente 4 años) este Tribunal de apelación considera ajustado el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia y que responde al estándar para estos casos de fines de semana alternos (desde el viernes a la salida del colegio/guardería hasta las 21:00 h. del domingo) y un día intersemanal (en este caso los miércoles) desde dicha salida hasta las 20:00 h., y un disfrute del período vacacional al 50 % entre ambos progenitores en la forma que se describe en la sentencia.

#### **QUINTO.- SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HIJO MENOR.**

Consta en autos que el padre es socio y administrador único o solidario de ocho sociedades de variados objetos sociales. Al mismo tiempo, por sí o por intermedio de su sociedad principal DIRECCION004 (de la que posee el 90% de las acciones) es titular de dos automóviles de alta gama: un Mercedes y un Lexus. También a través de su sociedad DIRECCION004 ha reconocido tener la propiedad de 7 viviendas y un local. En su interrogatorio ha reconocido percibir de su sociedad DIRECCION004, como gestor de la misma, un sueldo de 2.000 €/mes y por los alquileres de las viviendas unos 2.500 €/mes. Ya la suma de ambos ingresos superan los declarados por IRPF. Pero es que, además, a falta de prueba en contrario que el demandado no ha articulado y a la vista de los signos de riqueza que constituyen los dos coches de alta gama y las mencionadas viviendas (por mucha que dichas titularidades se tengan por intermedio de sus sociedades), la vivienda privativa que constituyó el domicilio familiar en una urbanización de alto standing de la ciudad, así como los eventuales y no determinados



ingresos (sueldos y dividendos) derivados de su condición de socio y administrador único o solidario de sus ocho sociedades, cabe presumir fundadamente que el apelante tiene unos ingresos superiores a los 47.000 € declarados en su declaración de IRPF de 2018 obrante en autos. En cualquier caso, incluso partiendo de los 47.000 € declarados, y tomando como criterio general la horquilla de 20/30 % sobre los ingresos utilizada por este Tribunal de apelación a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia, la cantidad de 800 €/mes fijada por la sentencia de instancia quedaría muy ligeramente por encima del 20%.

Por otro lado, y en contra de lo que sostiene la parte apelante, la pensión alimenticia de los menores de edad sometidos a la patria potestad de sus progenitores tiene un alcance más amplio que el de los alimentos en general entre parientes de los arts. 140 y ss. C.C. Si estos últimos solo deben cubrir las necesidades estrictas de manutención de los parientes, la pensión alimenticia de los menores no solo debe cubrir dichas necesidades estrictas, sino suministrar un acomodo análogo y proporcional en lo posible al que se dispensaba antes de la crisis entre los progenitores, de modo que el menor pueda continuar, sustancialmente y en la medida que los ingresos de sus progenitores lo permitan, con su régimen y nivel de vida anterior. En este sentido, la cantidad de 800 €/mes a cargo del apelante se considera una cantidad ajustada para proporcionar al menor un nivel de vida similar al que venía disfrutando antes de la separación de sus progenitores, teniendo en cuenta, además, que la progenitora, a falta de prueba que demuestre lo contrario y que no se ha articulado, ha reconocido trabajar como autónoma realizando contabilidades y declaraciones a Hacienda, en un despacho de gastos compartidos, y ganar unos 465 €/mes o algo más si hace declaraciones de IRPF.

#### **SEXTO.- COSTAS.**

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., procede condenar en costas al apelante.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Nicanor contra la sentencia dictada en fecha 11-7-2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

La confirmación de la resolución de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que se dará el destino legal. ( D. A. 15ª de la L.O.P.J. según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre).

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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