



Roj: **SAP SS 1110/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:1110**

Id Cendoj: **20069370032016100425**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **30/12/2016**

Nº de Recurso: **3322/2016**

Nº de Resolución: **325/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación LEC 2000**

Ponente: **IÑIGO FRANCISCO SUAREZ ODRIOZOLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 1110/2016,**
STS 21/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-15/011649

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2015/0011649

Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 3322/2016

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 6 zk.ko Epaitegia

Autos de Divorcio contencioso 198/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Amparo

Procurador/a / Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ

Abogado/a / Abokatua: MARIA PAZ SA CASADO

Recurrido/a / Errekurritua: Adriano

Procurador/a / Prokuradorea: PEDRO MARIA ARRAIZA SAGUES

Abogado/a / Abokatua: MARIA GEMA ARTOLA OLACIREGUI

SENTENCIA Nº 325/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

D/Dª. LUIS BLANQUEZ PEREZ

D/Dª. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a 30 de diciembre de dos mil dieciseis.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 1346/15



del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Donostia, a instancia de Amparo, apelante, representada por la Procuradora Sra. Ainhoa Kintana y defendida por la Letrado Sra. Maria Paz Sa Casado, contra Adriano, apelada, representada por el Procurador Sr. Pedro Arraiza y defendida por el Letrado D^a. Gemma Artola Olaciregui, siendo parte el Ministerio Fiscal; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 3 de junio de 2016.

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.-

Por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián se dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2016, que contiene el siguiente FALLO:

" I.- Debo declarar y declaro **DISUELTO por divorcio**, el matrimonio contraído por D. Adriano y Dña. Amparo, con todos los efectos inherentes al mismo, que se producirán desde la firmeza de esta sentencia, quedando revocados con carácter definitivo los consentimientos y poderes que se hubieren otorgado los cónyuges constante el matrimonio y declarando disuelta la sociedad de ganaciales.

II.- Debo ACORDAR y ACUERDO las siguientes medidas definitivas con respecto al hijo menor del matrimonio:

1º.- La patria potestad sobre el hijo menor Ernesto se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores.

El ejercicio de la **patria potestad** comprenderá todas las decisiones sobre:

- a).- Actos y tratamientos médicos no urgentes.
- b).- Cambios de domicilio fuera del municipio o residencial habitual y traslados al extranjero, salvo en viajes vacacionales.
- c).- Cambio de centro escolar.
- d).- Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.
- e).- Celebraciones sociales o religiosas de relevancia.

Ambos progenitores podrán recabar información sobre la marcha escolar de los menores y participar en las actividades habituales de los mismos. Igualmente podrán recabar información sobre los tratamientos de sus hijos.

2º.- Se establece una **guarda y custodia compartida** del menor Ernesto. La guarda se ejercerá en el domicilio actual de cada uno de los progenitores, en DIRECCION000 (Cádiz) y DIRECCION001 (Guipúzcoa), en forma alterna por períodos de tres semanas, de viernes a viernes, correspondiendo al progenitor que inicia la guarda recogerlo del lugar donde se encuentre. Se autoriza que las recogidas y entregas las puedan realizar los abuelos.

En los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa se suspenderá el régimen ordinario, distribuyéndose entre ambos progenitores por mitades e iguales partes los días de vacaciones, correspondiendo en los años pares al padre el primer período y a la madre los impares, y el segundo período será respectivamente.

Vacaciones de verano, dado el régimen de estancias establecido, no se modificará la guarda en las vacaciones de verano salvo acuerdo entre los progenitores.

Después de cada período de vacaciones se retornará al régimen de estancias a favor del progenitor al que hubiera correspondido estar con el niño, de no haber sido interrumpido el período por las vacaciones.

Durante el período de custodia de uno y otro, el progenitor no custodio podrá permanecer con su hijo un día de 10 de la mañana a 8 de la tarde u horario equivalente, avisando al otro con la suficiente antelación.

3º.- El Sr. Adriano **contribuirá** a los gastos de viaje y cargas del menor con la cuantía de 400 €, pagaderos por anticipado los cinco primeros días de cada mes. Los gastos extraordinarios que se puedan generar, entendiéndose por tales gastos sanitarios no incluidos en la Seguridad Social imprevistos y necesarios, y las actividades extraescolares como clases particulares de refuerzo, estancias en el extranjero, etc. que deberán ser pactados y se abonarán al 50% entre ambos progenitores.

4º.- No procede **pensión compensatoria** alguna para la Sra. Amparo.

Cada parte abonará sus costas procesales.



Comuníquese esta resolución a los Registros Civiles correspondientes a los efectos registrales oportunos."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando el día 12 de diciembre de 2016 para la deliberación y votación.

TERCERO.-

En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.-

Siendo Ponente la Ilmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Antecedentes básicos.

(1) Demanda de divorcio interpuesta por Dña. Amparo frente a Adriano .

Resumen de la demanda.

Con fecha 27 de Enero de 2016 se ha dictado Auto de medidas provisionales previas a la demanda en el Procedimiento de Medidas Provisionales Previas numero 1346/2015 destacando de la citada resolución como extremos más relevantes : la separación provisional de los cónyuges; atribuyendo la patria potestad compartida y, asimismo, guarda y custodia compartida , al igual que, del hijo menor Ernesto por período de quince días ; contribución de Adriano a los gastos de viaje y cargas del menor en la cuantía de 400 euros mensuales .

Los litigantes contrajeron matrimonio civil en DIRECCION000 el día 1 de Junio de 2013 naciendo del matrimonio Ernesto de 14 meses de edad en el momento de presentar la demanda. El domicilio conyugal se fijó en la AVENIDA000 , NUM000 , DIRECCION002 , bloque NUM001 , NUM002 , lugar en el que actualmente viven la madre con Ernesto .

Si bien cuando se conocieron los litigantes residieron en Errenteria , CALLE000 NUM003 NUM004 , lo cierto es que a raíz del nacimiento del hijo y a consecuencia de una oferta de trabajo a la demandante por parte de la Asociacion de Familiares de Enfermos de Alzheimer La Merced pasaron a residir en el domicilio precitado de DIRECCION000 desde Octubre de 2014.

Posteriormente el Sr. Adriano pasó a residir a DIRECCION000 solicitando inicialmente la prestación de paternidad y, posteriormente, solicitó a la empresa en la que venía prestando su actividad laboral un excedencia inicial desde 26-12-20114 hasta 25-1-2015 y otra el 20-1-2015 hasya el 21-5-2015.

La demandante ejerció su actividad en la Asociacion de Familiares de Enfermos de Alzheimer La Merced desde 26-11-2014 hasta el 16-3-2015 con un contrato de trabajo temporal y, seguidamente, con otro contrato de trabajo temporal desde el 6 de Abril de 2015 hasta el 5 de mayo de 2015, finalizando con un contrato de voluntariado hasta el 21 de Junio de 2015.

Durante el período transcurrido desde el 25-1-2015 hasta el 10-5-2015 fecha en la que el demandado regresó a DIRECCION001 definitivamente al ser elegido concejal de BILDU en el Ayuntamiento de DIRECCION001 , fueron numerosas las ocasiones en las que se ausentó del domicilio conyugal y se fue a DIRECCION001 .

Desde el nacimiento del menor (Agosto de 2015) prácticamente ha estado residiendo en compañía de su madre y la familia materna en DIRECCION000 .Las vacunas y el seguimiento del Pediatra se han llevado a cabo en DIRECCION000 localidad en la que ,asimismo se encuentra la guardería a la que acude el menor.El menor desde su nacimiento ha estado siempre con su madre de la que no se ha separado habiendo sido ella la que se ha encargado de su cuidado y custodia ; llevarlo al médico y seguir un calendario de vacunaciones estable .Además de la madre el pequeño Ernesto cuenta con la ayuda de la familia materna (abuelos y tia).

La presencia del padre en la vida del menor ha sido escasa.Desde octubre de 2014 hasta diciembre de 2014 el menor permaneció en compañía de su madre en DIRECCION000 mientras que el demandado estaba en DIRECCION001 .Es en el mes de Diciembre cuando se instala en DIRECCION000 pero los traslados a DIRECCION001 son frecuentes ausentándose hasta 7 días al mes .



Desde Agosto de 2015, fecha en la que se zanja la relación y cuando decide que su mujer se quede en DIRECCION000, las vistas a su hijo han sido tres. Desde entonces la comunicación con la demandante es escasa, distante y fría limitándose el contacto con el menor a hacer una video llamada a la semana.

A la hora de establecer el régimen de visitas a favor del padre se insta a tomar en consideración la distancia (1000 kms) así como la escasa relación con el padre; la actividad profesional del demandado- actualmente Concejal de Comunicación y Participación en el Ayuntamiento de DIRECCION001 -. Asimismo cuando deje su actividad actual el retorno a su trabajo en PAPRESA donde su jornada se desarrolla por turnos pudiendo trabajar mañana, tarde y noche. Todo ello hace que no pueda dedicar a su hijo la atención que merece.

La demandante tiene actualmente un contrato de trabajo a tiempo parcial en DIRECCION000 desarrollando su actividad en la Asociación de Familiares de Enfermos de Alzheimer La Merced encontrándose antes en situación de desempleo.

El demandado como Concejal percibe unos ingresos mensuales de 2.068,23 euros más pagas extraordinarias. En PAPRESA percibía unos ingresos mensuales de unos 3.000 euros. Salvo el mes de septiembre en el que realizó una transferencia de 1.000 euros, con posterioridad ha realizado un ingreso de 350 euros.

Las medidas adoptadas en el Auto dictado en el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda implican un gran perjuicio al menor ya que establecen la guarda y custodia compartida.

Por ello se insta a través de la demanda una serie de medidas definitivas -las cuales se desglosan en las páginas 10 y ss de la demanda- de las que se destaca la atribución de la guarda y custodia del menor a su madre, con una prestación alimenticia mensual con cargo del padre de 650 euros contribuyendo en un 50% a los gastos extraordinarios y un régimen de visitas diferenciándose dos etapas, hasta que el menor cumpla 4 años y, desde tal edad en adelante.

(2) En tiempo y legal forma D. Adriano ha presentado a su vez demanda de divorcio proponiendo una ratificación, en sus aspectos sustanciales, de las medidas provisionales adoptadas.

En concreto se destacan como medidas definitivas a adoptar patria potestad compartida debiendo consensuarse las decisiones que se individualizarían por escrito; guarda y custodia compartida por períodos de quince días en el último domicilio del menor en DIRECCION001, cuyo uso se adjudica al padre en tanto que la madre reside en DIRECCION000; fijación del régimen de visitas durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano; cada progenitor se hará cargo de los gastos de alimentación del menor en el tiempo que esté en su compañía debiendo contribuir el Sr. Adriano a los gastos de viaje y cargas del menor con la suma de 400 euros mensuales; los gastos extraordinarios habrán de ser sufragados al 50%.

(3) D. Adriano contestó a la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Amparo mediante escrito de fecha 31 de marzo de 2016 que obra a los folios 147 y ss de las actuaciones.

Dña. Amparo contestó a la demanda de divorcio interpuesta por D. Adriano mediante escrito de 31 de marzo de 2016 el cual obra a los folios 159 y s de las actuaciones.

(4) Previos los trámites de rigor se ha dictado sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián de fecha 3 de junio de 2016 en el procedimiento de divorcio contencioso número 198/2016-P destacando de sus pronunciamientos los siguientes:

-Establecimiento de la guarda y custodia compartida del menor Ernesto en el domicilio actual de cada progenitor, DIRECCION000 y DIRECCION001, de forma alterna por períodos de tres semanas de Viernes a Viernes.

-Contribución del Sr. Adriano a los gastos de viaje y cargas del menor con la suma de 400 euros mensuales abonándose los gastos extraordinarios por cada progenitor al 50%.

(5) Se ha interpuesto por la representación procesal de Dña. Amparo recurso de apelación contra la anterior sentencia.

Se destaca la siguiente motivación:

1º Vulneración de la tutela judicial efectiva, en concreto, del derecho a la utilización de las pruebas pertinentes que fueron denegadas en primera instancia sin motivación alguna con vulneración de los artículos 281, 283 y 299 y ss de la LEC.

Se desestimó, mediante resolución judicial y con anterioridad al juicio oral, determinadas pruebas propuestas tanto en la demanda como en la contestación a la demanda así como prueba anticipada.



En el acto de la vista la petición fue reproducida siendo denegada e interponiéndose recurso de reposición de forma oral el cual fue nuevamente desestimado. Ante la proposición de otra serie de pruebas se volvieron a desestimar interponiéndose nuevamente recurso de reposición que fue desestimado.

En concreto se refirió al siguiente material probatorio :

-Interrogatorio de parte .

Ya que la Juzgadora solo permitió preguntas sobre el horario laboral sin que hubiera permitido el interrogatorio sobre datos contenidos en su escrito de demanday de contestación.

-Pericial del Equipo Psicosocial solicitado en la demanda y contestación a la demanda en relacion a las habilidades parentales de cada cónyuge , el perjuicio de ejercitar la guarda y custodia compartida con un menor de 16 meses que reside a 1000 kms y la idoneidad de que la ejerza la madre.

-Testifical de : Dña. Carmela , para declarar en relacion a la residencia del menor desde el inicio en DIRECCION000 y su arraigo; Dña. Julia para acreditar la vinculación del menor a DIRECCION000 , su arraigo social ; Dña. Virtudes , prima de la madre , que puede certificar que en Agosto estuvieron en su domicilio y que de allí se fue a DIRECCION000 por la llamada de no regreso de su pareja; Dña. Covadonga , madre de Dña. Amparo , para acreditar el arraigo del menor en DIRECCION000 , la ausencia del padre , quien cuidaba al menor.

Asimismo se solitó la adición al amparo de los artículos 460.1 y 270 del documento consistente en Informe medico del Pediatra D. Efrain referido al menor Ernesto .

2º Falta de motivación de la sentencia no constando los hechos probados con vulneración del artículo 120.2 de la CE .

Se reprocha a la sentencia no haber motivado el por qué es mejor el sistema de guarda y custodia compartida con alternancia de tres semanas ni tampoco las pruebas que le llevan a tal conclusión.

3º Infracción del principio de protección del interés del menor consagrado en el artículo 218.1 en relacion a los artículos 92 , 154 , 159.6 y 100 del CC ; así como de la Doctrina del TS; vulneración de los artículos 2 , 3 , 9.11.2 de la LO 1/1996 de 15 de Enero; artículos 39 , 120.3 de la CE ; artículos 3.1 , 9 y 18 d ela Convencion de las NNUU sobre los Derechos del Niño de 1989 ratificada en España en 1990 ; artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos : artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor .Error en la valoración de la prueba.Vulneración del artículo 9.3l) de la Ley 7/2015 de 30 de Junio .

La sentencia fija para un menor de 22 meses un sistema de guarda y custodia teniendo el menor una residencia a 1.000 kms de DIRECCION001 de manera definitiva lo que genera que el menor no pueda acudir a dos colegios distintos cada quince días .

La sentencia incurre en varios errores en la valoración de las pruebas.

No es correcta la afirmación de que el proyecto vital de la pareja se iba a desarrollar en DIRECCION001 ya que desde finales de 2014 la residencia de la apelante y del menor se encontraba en DIRECCION000 habiendo consentido el padre desde la ruptura que ese fuera el lugar de residencia .Fue decisión del padre que tanto la madre como el hijo se quedaran en DIRECCION000 .

La demandante nunca regresó para instalarse en DIRECCION001 con el menor ya que el padre a finales de Agosto de 2015 comunicó a la madre que deseaba poner fin a la pareja y que la Sra. Amparo no regresara con su hijo a DIRECCION001 .Además manifestó a la Sra. Amparo el Sr. Adriano que no iba a solicitar la custodia de Ernesto dado que reconocía el esfuerzo de su esposa y de que el menor estaba obviamente mejor cuidado por ella .Todo ello queda avalado por la entrega de 1.000 euros a la Sra. Amparo inicialmente y posteriormente la realización de ingresos mensuales de 350 euros.Citó dos whatsapp aportados en el acto del juicio cuyo contenido consta en las páginas 13 y 14 del recurso de apelación.

Se rechaza la argumentación de la Juzgadora la cual basándose en el permiso de paternidad y la excedencia afirma que ambos padres han estado cuidando al menor .Asímismo constata que el Sr. Adriano desde Octubre de 2014, fecha en la que residían todos en DIRECCION000 , el Sr. Adriano se ausentaba habitualmente tal como se ha acreditado documentalmenbrte.

El Sr. Adriano regresó a DIRECCION001 en Diciembre de 2014 para retomar su actividad laboral en PAPRESA al finalizar su prestación por paternidad solicitando una excedencia hasta el 25 de Enero de 2015 regresando a DIRECCION000 .El día 10 de Mayo de 2015 regresó a DIRECCION001 al ser elegido el Sr. Adriano como Concejel de Bildu por el Ayuntamiento de DIRECCION001 .



Desde el nacimiento del menor ha estado con su madre quien se ha encargado de su custodia y cuidado. El Sr. Adriano, Concejal por BILDU en DIRECCION001 (población de unos 40.000 habitantes) si tiene, en contra de lo manifestado por él, actos públicos por ser un cargo público que precisa de una gran dedicación. Y una vez que deje su actividad como Concejal retomará su trabajo en PAPRESA por turbos (mañana, tarde y noche) se pregunta la parte apelante qué va a pasar con Ernesto el cual, en el momento actual, se encuentra en una Guardería PANPIN.

En relación a la distancia entre ambas localidades (DIRECCION000 y DIRECCION001) es determinante para resolver la cuestión de la guarda y custodia con un cambio de residencia de 1.000 kms cada tres semanas para un bebé de 22 meses. En la sentencia no se prima el interés del menor sino el del padre. Invoca el Informe del Pediatra D. Efrain (documento 1 y 2 de la contestación) en el que pone de manifiesto lo perjudicial para un niño tan pequeño de tales cambios constantes. La Directora de la guardería (documento 3) pone de manifiesto los cambios que notan en el niño en su forma de ser y su relación con los demás.

Se rechaza asimismo que esta guarda y custodia se alargue hasta que el menor cumpla 6 años de edad entendiendo que se impide al menor escolarizarse hasta los 6 años cuando lo habitual es que sea la escolarización a los 3 años.

Rechaza la postura del Ministerio Fiscal y del Informe del Equipo Psicosocial al que tilda de "pobre en rigor y en contenido" y propone, como contraste, los Informes del Pediatra D. Efrain, y de la Directora de la Guardería, al ser profesionales que han tenido vinculación con el menor de forma dilatada por lo que tales Informes han de merecer la condición de cualificados.

Por todo ello entiende la parte apelante que procede la atribución de una custodia monoparental a favor de la madre.

4º Infracción del artículo 774 de la LEC

No se establece lo que ocurrirá con el menor a los seis años. La medida no es definitiva sino que tiene un alto grado de provisionalidad.

5º Pensión compensatoria.

Se invoca la contribución del Sr. Adriano en concepto de pensión compensatoria de 300 euros / mes.

En el SUPPLICO se postuló el dictado de una sentencia estimatoria revocando la dictada en la instancia con las medidas definitivas recogidas en las páginas 32 a 35 destacando:

-La atribución de la guarda y custodia del menor Ernesto a favor de su madre.

-Prestación alimenticia con cargo del Sr. Adriano de 650 euros / mes.

-Régimen de visitas desdoblado en dos espacios temporales: hasta que el menor cumpla 4 años y a partir de que el menor cumpla 4 años.

-Otorgamiento de una pensión compensatoria a favor de la madre de 300 euros al mes con una duración de tres años o hasta la fecha en la que encuentre trabajo dentro de esos tres años.

La representación procesal de D. Adriano se ha opuesto en tiempo y legal forma al recurso de apelación interesando el dictado de una sentencia desestimatoria, confirmando, en consecuencia la resolución recurrida.

SEGUNDO.-

Examen del recurso de apelación.

(1) Vulneración de la tutela judicial efectiva: artículo 24 de la CE y artículo 464.1 en relación con los artículos 281, 283 y 289 de la LEC.

Interrogatorio del Sr. Adriano.

No se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La Juzgadora haciendo uso del artículo 302.2 de la LEC acotó las preguntas del interrogatorio a circunstancias relevantes asociadas al núcleo del debate: la forma de guarda y custodia del menor Ernesto si monoparental o compartida por períodos alternos.

Prueba pericial.

Fue expresamente acordada por la Juzgadora mediante providencia de 7 de Abril de 2016 (folio 183 de las actuaciones) haciéndose eco de la solicitud formulada por la representación procesal del Sr. Adriano



mediante OTROSI PRIMERO DIGO de su escrito de demanda (folio 133 de las actuaciones) y de la petición en relacion a esta punto contenida en el TERCER OTROSI DIGO del escrito de demnada de la Sra. Amparo .

El Informe del Equipo Psicosocial Judicial de fecha 23 de mayo de 2016 consta unido a las actuaciones a los folios 203 y ss .El Informe fue ratificado en el juicio por el autor del Informe respondiendo a las cuestiones formuladas por la Direccion Letrada de ambas partes.

Prueba testifical.-

La misma ya fue rechazada mediante providencia de 27 de Abril d e2016 (folio 191) por superlua y parcial.

El Tribunal comparte tal criterio al entender que el conjunto de testigos propuestos son personas del entorno familiar de la madre por lo que su objetividad e imparcialidad en su declaración puede ser cuetsionado.

(2) Falta de motivación de la sentencia : falta de constancia de los hechos probados .

No se comparte la posición de la parte apelante.

La sentencia recurrida a lo largo del extenso FJ TERCERO ha desarrollado la fundamentación correspondiente a cada uno de los capítulos sometidos a consideración objeto de litigio (guarda y custodia; contribución de los padres a los gastos del hijo; pension compensatoria) razonando, a la luz de la prueba practicada, el por qué de la concreta posición de la Juzgadora en relacion a cada uno de los capítulos .

En relacion a la falta de consignación en la sentencia de los hechos probados ha de indicarse que la norma contenida en el artículo 209.2 LEC no puede interpretarse en el sentido de considerar carente de validez una sentencia que no haya recogido en los antecedentes de hecho los hechos en que funden las partes las pretensiones y la descripción de las pruebas propuestas por las partes y los hechos probados , en su caso

Ya la doctrina clásica dice que « la sentencia judicial constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho , de derecho o normativos, sus conclusiones previas y predeterminantes del fallo o consecuencia de éstas» (STS 25 de febrero de 1980), de manera que la omisión de consignarlos en los antecedentes se puede suplir con la valoración de los hechos y pruebas verificada en la fundamentación jurídica de la resolución

Lo relevante desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva es que se dé una respuesta motivada y completa a las distintas pretensiones ejercitadas, sin que se pueda elevar a causa de nulidad de la sentencia el que se omita enumerar los indicados en la demanda, pues es posible su tratamiento unificado, bastando que la resolución sea clara en mostrar la ratio decidendi del fallo, y que el mismo sea congruente con lo debatido, circunstancias todas ellas que concurren en la sentencia.

(3)Infraccion de las normas tuitivas respecto del menor y protección de sus derechos.

La Juzgadora ha considerado que el proyecto vital de la pareja ahora litigante iba a desarrollarse en DIRECCION001 afirmacion que es criticada por la parte apelante.

El Tribunal comparte el criterio precedente.

La convivencia de los litigantes previa al matrimonio civil en DIRECCION000 se había desarrollado en DIRECCION001 .El hijo, Ernesto , nacio en DIRECCION001 el día NUM005 -2014,por lo que en la actualidad cuenta con algo más de dos años de edad.La Sra. Amparo no obstante haber nacido en DIRECCION000 (Cadiz) realizó un esfuerzo de integracion y asimilación de la cultura del Pais aprendiendo euskera postura que no se entiende si no es para mostrar a las claras que su proyecto vital como pareja y familia se iba a desarrollar no en DIRECCION000 sino en DIRECCION001 .

El Tribunal no va a entrar a debatir en relacion a cuestiones tales como los períodos o fechas concretas en los que el padre estuvo en DIRECCION001 o en DIRECCION000 , su licencia de paternidad , su duración, su nombramiento como Concejal de la formación BILDU, los actos públicos en los que tiene que intervenir, el cuidado y asistencia prestada por la madre respecto de Ernesto en DIRECCION000 .

Lo determinante , y considera el Tribunal que no es objeto de discusión entre las partes, es resolver si el sistema de guarda y custodia compartida con alternancia de tres semanas propuesta por la sentencia respecto del menor Ernesto es beneficioso o, por contra, perjudicial, para el desarrollo emocional para un menor de algo más de dos años de edad.

Respecto al sistema de guarda compartida en relacion al principio de proteccion del interés superior del menor el Tribunal destaca el FJ SEGUNDO de la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 9-9-2015, nº 465/2015, rec. 545/2014 :

"SEGUNDO.-



(¿.)

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 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).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 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 , 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, Rec.1937/2013).

(¿.)".

El FJ SEGUNDO de la Tribunal Supremo Sala 1ª, S 12-9-2016, nº 526/2016, rec. 3200/2015 , que a continuación reproducimos parcialmente, destaca el carácter normal y deseable de este sistema y los beneficios en la relación progenitor / hijo que aporta su práctica :

"SEGUNDO.-

(.....)

1.- Esta sala ha reiterado que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (sentencias de 16 de febrero de 2015), señalando (sentencias de 29 de abril de 2013 , 25 abril 2014 , 22 de octubre de 2014 , 30 de mayo 2016) 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».

(....)"



Los informes del Dr. Efrain , Pediatra (folios 170y 171 de las actuaciones) a los que la parte apelante da una relevancia especial al mencionarlos varias veces en su recurso toman como base no el examen del menor sino las referencias que le efectua su madre.

Asímismo del texto del Informe de fecha 17-2-2016 (folio 170) "Solicita valoración por psicología (lo comentaré en la próxima reunión con ella)" parece derivarse que el autor del informe no es especialista en la valoración concreta de la psicología de un menor y el efecto que pudiera originar en el mismo la adopción de la medida de guarda y custodia compartida.

El Informe del Equipo Psicosocial (folios 203 y ss), significativamente solicitado por ambas partes ,se constituye en opinión del Tribunal en la prueba determinante para la decisión de la cuestión del sistema de guarda y custodia más apropiado para Ernesto .

El autor , D. José , ha descrito la metodología que ha utilizado para elaborar el Informe : estudio de la documentación del Juzgado; evaluación del sistema familiar ; entrevista semiestructurada con la madre Sra. Amparo ; cuestionario CUIDA; frases incompletas (CF b) de R. Miguel Ángel ; entrevista semiestructurada con el Sr. Adriano ; cuestionario CUIDA; frases incompletas (CF b) de R. Miguel Ángel ; observación del menor ; observación de la interacción madre-hijo; observación de la interacción padre-hijo.

La base de trabajo para emisión del Dictamen es amplia y en ningún caso puede considerarse como superflua o falta de rigor.

El autor del informe destaca en el apartado "VALORACION ": "(.....) Ernesto se muestra sonriente y participa con ambos progenitores. Ambos progenitores mantienen habilidades parentales(.....).Entendemos que no se plantean problemas de relación del niño con cada progenitor sino de distancia .Debido a la distancia es preferible ampliar los tiempos de guarda y custodia a tres semanas así como el tiempo de visitas, lo cual puede facilitar la labor de adaptación en cada nuevo traslado (....)".

En el apartado CONCLUSION :

"Atendiendo a las circunstancias de cada uno de los progenitores y situación actual ,se propone que la guarda y custodia de Ernesto sea compartida por cada progenitor en períodos de tres semanas."

En su intervención en el juicio (DVD I 30¿50¿¿ y ss) el autor del Informe señaló en esencia :en relación a la afección del menor a consecuencia de los traslados periódicos de 1000 kms manifestó de forma reiterada que ello estaría en función de cómo actúen y reaccionen, la interrelación de los padres ante esta circunstancia ; en los dos lugares está a gusto el menor ; él ha tenido en consideración lo que cada progenitor le refería en relación a su trabajo y su disponibilidad horaria ; en los dos lugares el menor está en guardería y tienen asistencia médica , e igualmente en ambos casos hay familiares cercanos ; lo que más garantiza la estabilidad del menor es el comportamiento de los padres : se pueden dar casos muy conflictivos viviendo cada progenitor a una distancia no grande; la propuesta de alternancia de tres semanas se plantea para reducir el número de viajes y para mayor estabilidad .

A preguntas de SS^a:ha analizado los diferentes sistemas de guarda y custodia (monoparental y compartida) en esta situación poco ordinaria por la distancia y con la edad del niño y ha entendido que la mejor opción es la custodia compartida ; como profesional entiende que un menor de 24 meses tenga una relación frecuente con su padre y su madre.

No se ha constatado trastorno alguno en el menor por el sistema de guarda y custodia compartido. El efecto para el menor de la distancia entre DIRECCION000 y DIRECCION001 (1.000 kms) resulta minimizado porque las entregas / recogidas se producen en los aeropuertos de Bilbao (Loiu) y Sevilla (S.Pablo) tal y como consta en el Informe del Equipo Psicosocial (folios 3 y 5).

Resulta cuestionable atribuir a un menor de la edad de Ernesto un arraigo tan acusado a una localidad ,en este caso DIRECCION000 , tal como pretende la parte apelante.Por contra una edad temprana como la que tiene Ernesto le permite una mayor adaptación a los cambios que supone el sistema de guarda y custodia compartida.

Es interesante destacar que ambos progenitores acordaron de mutuo acuerdo el sistema de custodia y guarda compartida por períodos de quince días en el procedimiento de medidas provisionales previas número 1346/2015-P seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastian.

Ello se plasmó en el Auto de 27 de Enero de 2016 obrante como documento 1 de la demanda interpuesta por la Sra. Amparo (folio 31 y ss del procedimiento) y en un momento en el que la edad de Ernesto llegaba a los diecisiete meses .

(4) Infracción del artículo 774 de la LEC .



No se comparte la posición de la parte recurrente.

Las medidas adoptadas en la sentencia han de ser calificadas definitivas en contraposición a las medidas previsionales previas o coteneas a la demanda en la medida que poseen una proyección temporal en el tiempo. Pero sin que ello signifique o se llegue a la conclusión de que se trate de un sistema rígido, inamovible e inmutable en el tiempo ajeno a las posibles vicisitudes y circunstancias sobrevenidas (edad, estado de salud, medios económicos, cambios de residencia) que pudieran acontecer en el tiempo.

La sentencia, en contra de lo aducido por la parte recurrente, sí ha tenido en cuenta y lo ha constatado de forma expresa- FJ TERCERO apartado B.-) la edad de escolarización obligatoria del menor Ernesto estableciendo el sistema de custodia compartida hasta que el menor cumpla los seis años (curso 2019-2020) defiriendo a tal momento la cuestión del lugar de la escolarización obligatoria. Así se lee en la sentencia apelada "(...) Entonces, necesariamente, será necesario emitir un pronunciamiento en defecto de acuerdo, que atribuya al padre o a la madre, períodos diferenciados de estancia del menor con ellos para que pueda cumplir con sus obligaciones de escolarización. En ese momento se valorarán las circunstancias entonces concurrentes para decidir la mejor opción en interés del menor".

(5) Pensión compensatoria.

No procede su acogimiento.

El Tribunal se remite al acertado análisis y conclusión que de la cuestión hace la sentencia apelada (FJ TERCERO apartado D).

Por lo expuesto no procede el acogimiento del recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.-

Vista la índole del debate referido fundamentalmente al sistema de guarda y custodia no procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas generadas en la alzada.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación porcesal de Dña. Amparo contra la sentencia de fecha 3 de Junio de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián en el Procedimiento de Divorcio Contencioso número 198/2016-P y, en consecuencia, confirmamos en su integridad la sentencia recurrida.

No procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas generadas en la alzada.

Transfírase por el letrado Judicial de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de recursos desestimados el depósito constituido para recurrir.

Dentro del plazo legal devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. 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 1895 0000 00 3261 15. 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 15ª 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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ