



Roj: **SAP C 164/2019 - ECLI:ES:APC:2019:164**

Id Cendoj: **15030370042019100033**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **474/2018**

Nº de Resolución: **23/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00023/2019

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

N.I.G. 15030 42 1 2017 0016014

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000474 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0001279 /2017

Recurrente: Amador

Procurador: BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ

Abogado: PATRICIA LAGE VARELA

Recurrido: Rosalia , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA FARA AGUIAR BOUDIN,

Abogado: MARIO PAEZ ALVAREZ,

S E N T E N C I A

Nº 23/19

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

CIVIL-MERCANTIL

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN

En A CORUÑA, a veinticuatro de enero de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0001279 /2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000474 /2018, en los que aparece como parte demandada-apelante, Amador , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ, asistido por el Abogado D. PATRICIA LAGE VARELA, y como parte demandante-impugnante-apelada, Rosalia , MINISTERIO FISCAL, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA FARA AGUIAR BOUDIN, asistido por el Abogado D. MARIO PAEZ ALVAREZ, MINISTERIO FISCAL; sobre MEDIDAS PATERNO FILIALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DE PRIMERA INSTANCIA N° 10 DE A CORUÑA se dictó resolución con fecha 27-03-2018, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Se acuerda la adopción de las siguientes medidas personales y patrimoniales para el menor Edmundo :

1. Se atribuye la guarda y custodia del menor en favor de la madre, siendo la patria potestad compartida.
2. El padre habrá de abonar una pensión alimenticia de 400 euros al mes, que será ingresada por adelantado dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto señale la madre, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC o indicador que lo sustituya. La anterior cantidad se establece teniendo en cuenta que el padre percibe unos ingresos de unos 2.000 euros mensuales como consecuencia de su trabajo en Inditex.
3. Los gastos extraordinarios que genere el menor han de ser sufragados por ambos progenitores por partes iguales.
4. Con relación al establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, se establece que el padre podrá estar en compañía de su hijo durante la mitad de los períodos vacacionales escolares del menor, siendo que el padre acudirá a Alemania a recoger a su hijo, debiendo la madre venir a DIRECCION000 a recoger a su hijo a la finalización del periodo de estancia con su padre, costeándose por cada uno de los progenitores el viaje para recoger a su hijo.

No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

EL AUTO ACLARATORIO DE FECHA 18-04-2018 EN SU PARTE DISPOSITIVA LITERALMENTE DICE:

"DON BALBINO FERREIRÓS PÉREZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 10 A Coruña, ACUERDA denegar la petición de subsanación y complemento realizada por la Procuradora Sra. Aguiar Boudín, en nombre y representación de Doña Rosalia , debiendo mantenerse en su integridad la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2018."

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por EL DEMANDADO se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- La sentencia de primera instancia después de establecer como base fáctica probada que de la convivencia entre doña Rosalia y don Amador nació un hijo, Edmundo , el NUM000 de 2013, acuerda conceder su guardia y custodia a la madre, la patria potestad compartida, establece una pensión de alimentos en beneficio del hijo y a cargo del padre en cuantía de 400 euros, y un sistema de reparto por mitad de los periodos vacacionales del niño, dado que la madre se marchó con el niño a vivir a Alemania. Resolución contra la que interpone recurso de apelación don Amador solicitando, con estimación de su demanda acumulada, la atribución de la guardia y custodia del hijo a su favor. Y la representación de la Sra. Rosalia formula, tras oponerse al recurso, impugnación de la sentencia apelada suplicando que el devengo de la pensión de alimentos sea acordado desde la fecha de la presentación de la demanda.

SEGUNDO .- En primer lugar se alega infracción de normas y garantías procesales por la inadmisión indebida de la prueba testifical propuesta en primera instancia por la apelante, tratándose de la hermana del demandante,



así como de la persona que acompañó al Sr. Amador en un viaje a Alemania para intentar ver a su hijo y la imposibilidad de poder hacerlo.

Pues bien, la denegación indebida de pruebas pertinentes y oportunamente propuestas cuenta en la propia Ley de enjuiciamiento civil con el remedio de la solicitud del recibimiento del pleito a prueba en la segunda instancia (artículo 460), del que la apelante ha hecho uso en este caso. Nuestra valoración, mediante el auto de fecha 29 de noviembre de 2018 que hemos dictado en el rollo de apelación, concluye que las pruebas testificales a que se refiere la parte han sido correctamente denegadas por el juzgador de primera instancia, resolución con la que se aquietó la parte proponente, al no formular recurso de reposición contra dicha resolución, por lo que desestimamos el motivo de apelación. Motivo por el que no cabe estimar que se hubiese causado indefensión alguna a dicha parte ni vulnerada garantía procesal alguna para que procediese admitir la razón invocada en su recurso.

TERCERO .- La motivación de las resoluciones judiciales constituye manifestación legal del derecho a la tutela judicial efectiva, que proclamado por el art. 24.1 de la CE , corresponde a todos los ciudadanos de obtener una respuesta fundada a una pretensión ejercitada, al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales, como señala el art. 117.1 y 3 de la CE .

La jurisprudencia ha declarado:

A) La motivación no exige razonar concretamente sobre todas y cada una de las alegaciones que las partes hayan podido formular, sino expresar cuál ha sido el camino lógico a través del cual determinados hechos se han tenido por probados y de ellos se han extraído las correspondientes consecuencias jurídicas (STS de 18 de junio de 2010).

B) No requiere una detallada y exhaustiva argumentación de todos los extremos, sino una fundamentación del fallo cumpliendo la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 8 de octubre 2009 , 7 de mayo de 2010 , 17 de septiembre de 2010 y 3 de noviembre de 2010).

C) Una motivación sencilla, sucinta o escueta no deja de ser motivación, sin embargo es exigible que sea clara, precisa, adecuada y suficiente (STS de 12 de diciembre de 2000).

D) No debe confundirse la discrepancia con respecto a los razonamientos de la sentencia, con la falta de expresión de los mismos (STS de 31 de enero de 2007).

E) En definitiva, como dice la reciente STS 566/2015, de 23 de octubre , la motivación es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE , que permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (STS 27 de abril 2010 , y las que en ella se citan), y esta exigencia constitucional se cumple por la resolución recurrida que contiene un razonamiento suficiente y claro de su decisión a lo que no obsta que no se integre "nominalmente" con una relación de hechos probados, que es infracción del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y que desde una perspectiva formal, resulta innecesaria en el orden civil en el que la motivación y valoración de la prueba así como sus resultancias se consignan sin una configuración previa determinada ajustándose a los requisitos generales de claridad y congruencia (SSTS 10 de junio y 26 de noviembre 2010).

Pues bien, en este caso, si bien es cierto que la motivación de la sentencia apelada no es muy extensa en sus razonamientos expone de forma mínima y suficiente las razones que fundamentan su decisión sobre la guarda y custodia del hijo Edmundo , régimen de visitas y pensión alimenticia establecida a cargo del padre. El motivo se desestima.

CUARTO .- El propósito de la parte apelante es que se le conceda la guarda y custodia exclusiva de su hijo Edmundo , dado que la madre se traslado en el mes de noviembre de 2017 a Alemania con el niño, sin su consentimiento ni autorización judicial. Ciertamente que la Sra. Rosalia en su demanda presentada el 27 de octubre de 2017 alegó la posibilidad de su traslado a la localidad de Leutenbach, próxima a Stuttgart, Baden-Wurtemberg, por motivos de trabajo.

Por lo que mantiene el Sr. Amador que la sentencia apelada al conceder la guarda y custodia del hijo a la madre, está convalidando el traslado del niño a Alemania llevado a cabo de forma unilateral por la madre, sin su consentimiento, ni resolución judicial que lo autorizase, por tanto de forma ilícita. Además ocultándole la Sra. Rosalia el lugar donde se encontraba el niño en Alemania, su paradero, pese a los mensajes que le enviaba en tal sentido, y le imposibilita toda comunicación con el niño, de la clase que fuere, ocultándole también el centro escolar al que asiste en Alemania. Incluso alega, que en una ocasión se desplazó a Alemania para intentar poder ver a su hijo, lo que le fue imposible al no facilitárselo la madre.



En la vista celebrada en esta alzada, se mantiene por la representación del padre las dificultades de poder comunicar y de estar en compañía del niño, por decisión de la madre que se lo impide, incluso no le facilita con tiempo oportuno y en debida forma la comunicación de los periodos de vacaciones del niño para que se pueda cumplir lo dispuesto en la sentencia apelada en cuanto al reparto de vacaciones, y que sólo pudo recoger el niño y traer a España unos días en el mes de agosto de 2018. Y en Navidad, recogió el padre al niño en Alemania el día 31 de diciembre, y estuvo con él en España hasta que vino a recogerlo la madre, el día 5 de enero de 2019.

El menor nació en A Coruña, el día NUM000 de 2013, y vivió siempre en España. La madre se trasladó con el niño al extranjero sin que conste que el padre diera su consentimiento al respecto, se aporta a tales efectos una grabación de audio realizada por la Sra. Rosalia de una fuerte discusión de los litigantes, cuando aún convivían juntos, y no se deduce de la misma que el padre diese su consentimiento claro y firme de que el niño se fuese con la madre a Alemania.

Después de la ruptura de la relación de pareja que mantenían los litigantes, en febrero de 2016 la madre se fue con el niño a un domicilio en A Coruña, a pesar de ello mantuvieron contacto los litigantes, incluso se reconoce un periodo corto de reanudación de la convivencia, hasta que en el mes de septiembre la separación de la pareja deviene definitiva.

Por ministerio de la ley ostentan los progenitores la patria potestad conjunta de Edmundo, no se solicitaron medidas provisionales previas a la demanda o de tipo cautelar, por lo que no se dictó resolución judicial que autorizase a la madre el traslado del hijo a Alemania, que en definitiva se hizo sin la autorización del padre, impidiéndole además toda comunicación o contacto con el hijo, la relación paternofilial, sin alegar razón suficiente para tan drástica decisión de la madre.

Pues bien, partiendo de que no se cuestiona la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las cuestiones inherentes a la guarda, responsabilidad parental y tutela del menor, en razón al criterio de residencia habitual del demandante-demandado al momento de la presentación de la demanda, produciéndose el traslado a otro Estado comunitario llevado a cabo por decisión unilateral de la madre, después de la presentación de su demanda, cuando la decisión debió de tomarse de mutuo acuerdo con el padre, u obtener en caso de discrepancia la oportuna autorización judicial. (art. 3, 8, y 12 del Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003).

No podemos olvidar que cuando plantea su demanda la Sra. Rosalia de medidas paterno-filiales, más tarde acumulada a la presentada por el Sr. Amador, la residencia habitual del niño era en España, y si el traslado del menor es ilícito no puede derivarse un cambio competencial.

Por otra parte, no hay, prueba de las agresiones que pueda haber sufrido la madre, consta que la Sra. Rosalia denunció al Sr. Amador, y se reconoce que se archivaron las actuaciones en el Juzgado de Violencia.

Conforme a reiterada jurisprudencia en esta materia debemos de valorar el principio rector del interés superior del menor, que es lo que debe primar para la toma de decisión (STS 19-11-2015, 12-1-1017 y 18-4-2018).

De tal modo, lo determinante para este Tribunal es el beneficio del menor, que es el interés digno de protección. Tal principio se recoge ya en la Convención de Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, en la Constitución española (art. 39.2 CE sobre la protección integral de los hijos), o en la Ley Orgánica 1/96, y a nivel autonómico la Ley 3/1997 de 9 de junio, de Protección Jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia, además de en diversos preceptos del Código Civil, como en sus artículos 90, 92, 94, 103, 154, 159, 161, 172 o 176, así como en la jurisprudencia.

Pues bien, es claro que doña Rosalia, de **nacionalidad** dominicana, tiene derecho a elegir libremente su lugar de residencia, pero lo cierto es que el cambio de residencia del hijo común lo lleva a efecto de forma ilícita, sin contar con el previo consentimiento del padre ni autorización judicial, y sin esperar la resolución del litigio en la que se resuelve sobre la guarda y custodia del hijo de los litigantes.

Por otra parte, desde su traslado a Alemania no fomenta, más bien impide, la relación del padre con el niño, dado su comportamiento obstaculizador, sin que se aleguen tan siquiera razones de que las mismas pudieran causar algún perjuicio para el hijo. Ni tan siquiera le proporciona los datos de cual va a ser la ubicación de Edmundo en Alemania, ni el centro escolar, ni le facilita la comunicación telefónica o por internet, lo que supone su traslado, por las vías de hecho, y la imposibilidad de poder comunicar el padre con el hijo. Produciendo de tal modo, la ruptura de vínculos del niño en su vida cotidiana en A Coruña, donde tiene su arraigo personal y familiar, no solo por línea paterna, también con la materna, dado que su abuela reside en la provincia de A Coruña, así como otros parientes.

Las partes no pueden ser desconocedoras, dada la situación existente, de la dificultad para el tribunal de la toma de decisión sobre la atribución de la guarda y custodia del hijo común, que siempre es cuestión de las



más delicadas y difíciles de esta clase de procedimientos en el que han de valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto a los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los implicados, su capacidad de comprensión, entre otros muchas circunstancias, y que pueda satisfacer los legítimos intereses de las partes, y como ya dijimos, lo que debe prevalecer, y valorar el tribunal, para la toma de decisión es lo que resulte más conveniente y adecuado para el interés del niño, que es superior al de sus progenitores, y que resulte afectado del modo menor posible.

Pues bien, debemos tener en consideración que el traslado de domicilio a Alemania lo fue por exclusivo interés de doña Rosalía, alegando razones de trabajo, y después de presentada su demanda. Y que lo hizo llevando consigo al niño, de forma ilícita, sin consentimiento del padre, ni autorización judicial. Y que Edmundo, desde que nació vivió siempre en España, y se acredita con informe médico de fecha 24 de noviembre de 2017, emitido por el Dr. Fulgencio, en el sentido de que no considera beneficioso el traslado de Edmundo a un país que desconoce su idioma, dadas las circunstancias de su retraso madurativo global, sobre todo evolutivo del lenguaje a nivel de expresión oral con buen nivel de comprensión, aunque se admite que de irse a vivir a Alemania acabaría hablando ese y cualquier otro idioma, dado su retraso, le costaría mucho más de lo esperable en un niño de su edad, y eso repercutiría muy probablemente en el resto de su adecuado desarrollo psicomotor.

Y no cabe duda que del parecer del referido médico tuvo pleno conocimiento la madre, desde el momento que fue emitido el informe por su expresa petición, y pese a ello decide por su solo y propio interés trasladarse a Alemania, llevando consigo al niño, sin obtener previamente el consentimiento del otro progenitor, ni solicitar autorización judicial. Y por otra parte, impide al padre, desde ese momento, cualquier tipo de relación con Edmundo por su propia y única decisión. Así ocurrió, que desde el mes de noviembre de 2017 hasta el mes de agosto de 2018 no pudo estar el Sr. Amador en compañía de su hijo, posteriormente solo en periodo de Navidades, desde el 31 de diciembre de 2018 hasta el 5 de enero de 2019, día que vino la madre a recogerlo en A Coruña.

En estas circunstancias, consideramos que lo más conveniente y oportuno para Edmundo, en la actualidad tiene 5 años de edad, es su regreso a España (A Coruña), donde siempre ha vivido y tiene su arraigo personal, dado que continúan haciéndolo el padre y su familia paterna y, al menos, la abuela materna. No podemos olvidar que el cambio de domicilio definitivo que pretende la madre conlleva para el menor una necesidad de adaptación muy significativa, tratándose de un niño de corta edad, que se encuentra en pleno desarrollo de su personalidad, así como su retraso madurativo global, sobre todo evolutivo del lenguaje a nivel de expresión oral con buen nivel de comprensión, y aunque se admite que de irse a vivir a Alemania acabaría hablando ese idioma, lo sería de forma más lenta, que lo normal para un niño de esa edad, dado su retraso, y eso repercutiría, muy probablemente afirma el médico que lo atendía en A Coruña, en el resto de su adecuado desarrollo psicomotor.

Y a ello no obsta lo declarado en juicio por la madre, en el sentido de que se mantiene que el niño se encuentra escolarizado, que habla alemán, y adaptado en Alemania, lo que debemos tomar con las debidas cautelas, ya que el cambio que pretende la madre conlleva para el menor como vimos una necesidad de adaptación muy significativa, y supone un evidente riesgo dado los problemas que presenta en el lenguaje, y que se encuentra en pleno desarrollo de su personalidad. Y entre otros aspectos, el riesgo de la pérdida de la figura paterna en gran medida, dada además la labor obstruccionista de la madre para mantener una adecuada y normalizada relación paternofilial, que no la facilita de ningún modo, que no puede ser compensada por ningún otro beneficio potencial, teniendo en cuenta las dificultades para mantenerla en circunstancias normales, por la evidente razón de la gran distancia existente entre los domicilios, que dificulta el poder estar el padre con su hijo Edmundo de forma habitual, y no solo de forma esporádica o en tiempo de vacaciones escolares del niño.

Por ello, tal como antes dijimos, estimamos que lo más oportuno es que el menor retorne a España, y permanezca en A Coruña, el que fue siempre su entorno, donde tienen su arraigo familiar y social, y vino siendo tratado medicamente.

En el caso de que la madre en un plazo de dos meses desde la notificación de la presente resolución lo hiciese voluntariamente, mantendría a su favor la guarda y custodia exclusiva del hijo concedida en la sentencia apelada, y fijamos a favor del padre un régimen de visitas y comunicaciones normalizado a favor del padre. Durante el curso escolar un sistema de fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes que lo recogerá hasta el lunes que lo reintegrará al colegio en su hora de entrada, si fuese festivo el viernes o el lunes le corresponderá éste al Sr. Amador en el mismo horario antes expuesto, si bien todos los martes y jueves (cuando no le corresponda el fin de semana) estará con el padre desde la salida del colegio del niño hasta las 20,30 horas, que la reintegrará en el domicilio de la madre. Y las vacaciones por mitad tal como se dispondrá en la parte dispositiva.



Para el supuesto de que la madre dejare transcurrir el plazo concedido sin regresar a A Coruña, o manifestase antes, por escrito presentado al Juzgado, su decisión de no retornar a España, decidiendo continuar seguir viviendo en Alemania, donde cierto ha obtenido empleo y vive en el domicilio de una tía suya en una localidad próxima a Stuttgart, desde tal momento atribuimos la guarda y custodia de Edmundo en exclusiva del padre, manteniendo a favor de la madre el régimen de reparto por mitad de las vacaciones escolares del niño establecido en la sentencia apelada para que pueda estar en su compañía. Si bien consideramos adecuado por interés del menor, dado al régimen de visitas establecido tan restrictivo por razón de la distancia existente, con las dificultades y los importantes gastos que conlleva la comunicación, que debe ser ampliado en beneficio del progenitor no custodio respecto del periodo establecido de las vacaciones escolares de verano, en los años pares desde la finalización del mes escolar hasta el 31 de julio, y en los años impares desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar. También modificamos por las mismas razones el régimen establecido de las vacaciones escolares de Semana Santa, que nosotros fijamos a favor del progenitor no custodio todo el referido periodo vacacional, desde el día de inicio hasta su finalización. No así, en periodo de Navidad, dado que consideramos más adecuado para el niño para tales fechas su división por mitad entre los padres.

Esta ampliación del régimen de vacaciones también se aplicará desde este momento al establecido en su favor en la sentencia apelada en beneficio del Sr. Amador, mientras se mantenga la situación actual. Para que de tal modo pueda estar Edmundo con el progenitor que no pueda tener contacto de forma continua o más habitual.

No debemos olvidar que en lo que se refiere al régimen de visitas y comunicaciones, afecta de modo directo a las relaciones de los menores con sus progenitores, ya que son éstas las que van a permitir la creación de lazos de afectividad que contribuirán, de modo decisivo, a la configuración del carácter y personalidad del menor, y por ello es el interés de los hijos el que debe ser tomado en cuenta para establecer dicho régimen con prevalencia sobre el lógico deseo de los progenitores de tenerlos consigo.

QUINTO .- Por lo que se refiere a los alimentos, en el caso de cambio de guarda y custodia del hijo exclusiva a favor del padre, al decidir la Sra. Rosalia continuar viviendo en Alemania, de conformidad con todo lo antes expuesto, consecuentemente la madre viene obligada a su abono a favor de su hijo menor, Edmundo, y la supresión de la pensión establecida a cargo del padre en la sentencia apelada.

En el caso, se reconoce por la Sra. Rosalia percibir, fruto de su trabajo en Alemania, la cantidad de 1.080 euros brutos al mes por lo que fijamos la pensión mensual que debe contribuir a favor del hijo de 125 euros, que deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe el padre, la que consideramos proporcional a las necesidades del hijo y las posibilidades del obligado a prestar alimentos, una vez que quedaron revelados sus ingresos económicos periódicos. Y mantenemos la obligación del pago de los gastos extraordinarios por mitad, acordado en la sentencia apelada, lo que no se cuestiona.

SEXTO .- Por lo que se refiere a la pretensión de adjudicación a favor del recurrente en su demanda del uso de la vivienda que fue familiar, sita en PLAZA000, portal NUM001 NUM002 NUM003, DIRECCION000 (A Coruña), procede su adjudicación al único progenitor que la pretende, don Amador, en el supuesto de que llegue a ostentar la guarda y custodia exclusiva del menor, de conformidad con lo antes expuesto.

SEPTIMO .- La impugnación de la sentencia apelada tiene como único objeto la fecha de devengo de la pensión establecida a cargo del padre en la sentencia apelada.

El motivo del recurso debe ser estimado en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, que dispone "debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda".

Advierte también el del Tribunal Supremo que sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces. Entre las últimas sentencias que reiteran la misma doctrina figuran la nº. 459/2018, de 18 de julio, y la nº. 371/2018, de 19 de junio.

OCTAVO .- Procede por tanto la revocación parcial en el sentido antes referido la sentencia apelada, y sin hacer por ello especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta segunda instancia, y dada la naturaleza del proceso en que nos encontramos, propia del derecho de familia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.



FALLAMOS

Con estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por don Amador , y con estimación de la impugnación a la sentencia apelada formulado por doña Rosalia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña, la que revocamos en el sentido siguiente:

1.- La guarda y custodia del hijo menor que se atribuye en la sentencia apelada en exclusiva a favor de la madre, sin perjuicio de que la patria potestad continúe compartida entre los progenitores, se mantendrá, si en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente resolución, doña Rosalia retorna a España con el hijo Edmundo fijando su residencia en A Coruña.

Y establecemos para tal caso el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

a) fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes por la tarde, o en su defecto, a las 17:00 horas hasta el lunes por la mañana, debiendo encargarse de llevar al menor al centro escolar; en caso de que el viernes o el lunes fuera igualmente festivo, le correspondería éste al Sr. Amador en el mismo horario antes expuesto. En las semanas que no le corresponda al padre estar con el niño el fin de semana, los martes y jueves, desde la salida del colegio del niño hasta las 20,30 horas estará con el padre, que lo reintegrará en el domicilio de la madre.

b) En las vacaciones de Semana Santa el padre podrá estar en compañía de su hijo desde las 20 horas del Viernes de Dolores hasta las 20 horas del Miércoles Santo en los años pares, y desde las 11 horas del Jueves Santo hasta las 20 horas del Domingo de Pascua en los años impares.

En las vacaciones escolares de Navidad el padre podrá estar en compañía de su hijo desde su inicio hasta las 20 horas del día 30 de diciembre en los años pares, y desde las 11 horas del 31 de diciembre a las 20 horas del 6 de enero en los años impares,

Y en las vacaciones de verano el padre podrá estar en compañía del hijo el mes de agosto en los años pares, y en el mes de julio en los años impares.

Todas las recogidas y devoluciones de la menor se harán en el domicilio de la madre.

Mantenemos la obligación de abonar en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo Edmundo , la cantidad de 400 euros mensuales establecida en la sentencia apelada, con efectos desde la fecha de presentación de la demanda.

2.- En el caso de que doña Rosalia no retorne con el menor a España en el plazo de dos meses concedido, a contar desde la notificación de esta sentencia, desde ese momento, atribuimos la guarda y custodia exclusiva del menor a favor del padre, don Amador , manteniendo la patria potestad compartida, y le atribuimos el uso y disfrute de la vivienda que fue familiar.

Fijamos pensión de alimentos a cargo de la madre y en beneficio del hijo Edmundo en la cuanteste supuesto inco dl padre jo, Edmundo en la cuant.

a las necesidaedes mes arдай custodia del menor a izzadom rgo del hijo,ía mensual de 125 euros, que ingresará dentro de los cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que designe el padre a tal efecto, que se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC o indicador que lo sustituya.

En este supuesto y para el caso de que continúe la madre viviendo en el extranjero, mantenemos a favor del progenitor no custodio el régimen de reparto de las vacaciones escolares del niño por mitad establecido en la sentencia apelada, si bien lo ampliamos las de verano, en los años pares desde la finalización del curso escolar hasta el 31 de julio, y en los años impares desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso. Y todas las vacaciones de Semana Santa desde el viernes de Dolores hasta el Domingo de Ramos. Este mismo régimen será aplicable a favor de don Amador , mientras el niño continúe viviendo con la madre en Alemania.

3.- Mantenemos el régimen establecido en la sentencia apelada de recogida y entrega del hijo, mientras el menor, o en su caso la madre, se encuentre residiendo en Alemania.

4.- Mantenemos el resto de pronunciamientos de la sentencia apelada, como que los gastos extraordinarios del hijo se abonaran por los progenitores por mitad.

5.- Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Decretamos la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación, y en su caso extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 4ª mediante



escrito de abogado y procurador en el plazo de veinte días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución de los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ