

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
Nº7 DE MARBELLA**

GUARDA Y CUSTODIA NO CONSENSUAL .../2021

SENTENCIA Nº 196/2022

En Marbella, a 26 de julio de 2022.

Vistos por mí, D^a. María Belén Ureña Carazo, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Marbella, los presentes autos de Guarda y Custodia y Alimentos No Consensual .../2021, promovidos por DON ..., representado por el Procurador de los Tribunales D. ... y asistido por la Letrada D^a. ..., frente a DOÑA ..., representada por el Procurador de los Tribunales D. ... y asistida por el Letrado D. ..., sobre GUARDA Y CUSTODIA Y ALIMENTOS, procede dictar la presente resolución con fundamento en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento de la precedente demanda de medidas paternofiliales, presentada en el Juzgado Decano el día 8 de octubre de 2021, en la que el progenitor solicita la adopción de medidas respecto al hijo común.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, en virtud de decreto de fecha 21 de octubre de 2021, se emplazó a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, por plazo de 20 días, para contestarla, de conformidad con lo establecido en el artículo 753.1 LEC, que remite al artículo 405 LEC, al tratarse del procedimiento establecido en el artículo 748.4 LEC.

La parte demandada presentó escrito de fecha 29 de octubre de 2021, en el que instaba la abstención o, subsidiariamente, inicio de incidente de recusación contra la Magistrada titular de este juzgado, al que se le dio la tramitación prevista en los artículos 107 y siguientes de la LEC, al no considerar esta juzgadora la existencia de causa legal

de abstención para conocer del presente procedimiento, mediante providencia de fecha 11 de noviembre de 2021.

La parte demandada compareció, en tiempo y forma legal, mediante escrito de contestación a la demanda presentado en fecha 25 de noviembre de 2021, y el Ministerio Fiscal, mediante escrito presentado en fecha 17 de noviembre de 2021, quedando los autos pendientes de la resolución del incidente de recusación, en virtud de diligencia de ordenación de fecha 25 de noviembre de 2021.

La recusación fue inadmitida y, por tanto, se desestimaron las causas de recusación, en virtud del Auto N^o 84/2022, de fecha 1 de marzo de 2022, dictado por la Audiencia Provincial de Málaga (Secc. 6^a).

Mediante diligencia de ordenación de fecha 16 de marzo de 2022, se convocó a las partes a la celebración de la vista el día 14 de julio de 2022, a las 10 horas.

TERCERO.- El día señalado tuvo lugar la vista, a la que comparecieron ambas partes, representadas por su Procurador/a y asistidas por su Letrado/a, así como el Ministerio Fiscal. Abierto el acto, el Letrado de la demandada planteó una cuestión previa, relativa a la existencia de prejudicialidad penal, solicitando la suspensión de la vista, por cuanto entendía que el informe psicosocial adolecía de nulidad, con fundamento en la circunstancia de que sus conclusiones se basan en los resultados del test CUIDA, el cual la Sra. ...niega haber realizado, informando que se va a presentar una querrela criminal.

De tal cuestión se dio traslado a la Letrada de la parte actora y al Ministerio Fiscal, quienes se opusieron a la suspensión del juicio por entender que no existía prejudicialidad penal. Tras lo cual, esta juzgadora desestimó tal petición, puesto que no existía prejudicialidad penal en los términos exigidos por el artículo 43 LEC, al no haberse iniciado aún un procedimiento penal, además de tratarse de un tema de valoración de la prueba, teniendo el Letrado de la demandada la posibilidad, al practicarse la prueba en el acto del juicio, de solicitar al psicólogo que realizó tal informe cualesquiera aclaraciones respecto al método empleado y los motivos que le llevaron a las conclusiones que se recogen en el mismo.

A continuación, se dio el turno de la palabra a ambos Letrados y al Ministerio Fiscal para que se ratificasen en sus respectivos escritos y, en su caso, realizasen las alegaciones aclaratorias o complementarias que estimasen oportunas. La Letrada de la demandante concretó sus pretensiones, tras el Auto de fecha 8 de octubre de 2021, que acordaba medidas provisionales previas, en atención al desarrollo de los

acontecimientos durante estos últimos meses, la conducta de la madre y al mayor bienestar del niño, por lo que solicitó que se elevaran a definitivas tales medidas provisionales, con el mismo régimen de visitas, con las siguientes salvedades: que los gastos de desplazamiento y estancia de la progenitora no custodia fuesen sufragados íntegramente por ésta, que la pensión de alimentos se fijara en el importe de 180 € (mínimo vital) y que los gastos de guardería, en su caso, se abonasen al 50 % por ambos progenitores. Asimismo, solicitó que se declarase expresamente la prohibición de que el menor sea exhibido en redes sociales y manifestó que la progenitora no abona la pensión de alimentos acordada en la citada resolución judicial desde el mes de abril de 2022.

El Letrado de la demandada se ratificó en su escrito de contestación, remitiéndose a lo ya expuesto, así como el Ministerio Fiscal.

Seguidamente, las partes propusieron los medios de prueba que estimaron pertinentes, que fueron estimados en parte, practicándose en el acto el interrogatorio de ambos progenitores, las testificales de D^a. ..., cuidadora del menor, y D. ..., abuelo paterno del menor, y la pericial del psicólogo D. ... y el trabajador social D. ..., autores del informe psicosocial. Tras lo cual, una vez realizadas las conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales, con inclusión del plazo para dictar sentencia, tal y como establece el artículo 211.1 LEC, en relación con el artículo 447.1 LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Pretensiones de las partes.*

La parte actora, D. ..., solicita frente a la que ha sido su pareja, D^a. ..., la adopción de las medidas relativas a la guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar, el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre, así como la fijación de una pensión por alimentos respecto al hijo menor común ..., nacido el día 26 de agosto de 2020.

En concreto, solicita las mismas medidas que fueron acordadas en el procedimiento de medidas provisionales previas, tramitadas con el nº .../2021, a instancia del Sr. ..., mediante Auto N^o 324/2021, de fecha 8 de octubre de 2021, en el

que se otorgó la guarda y custodia del menor ... de forma exclusiva al padre, en atención al traslado ilícito del menor realizado por la madre, que se marchó de Marbella, lugar de residencia habitual de la familia y, por tanto, del menor, a Galicia, prescindiendo absolutamente del consentimiento del padre, quien se había opuesto reiteradamente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 156 del Código civil (en adelante, CC), así como a la conducta irrespetuosa, inmadura, caprichosa y agresiva de la madre frente al padre de su hijo.

La parte demandada, D^a. ..., se opone a las medidas solicitadas por su pareja en los términos expuestos en la contestación, de modo que solicita la atribución de la custodia exclusiva del hijo menor, con un régimen de visitas amplio a favor del padre, en el que éste pueda estar con su hijo todos los fines de semana del mes con anterioridad al inicio de la actividad escolar y, posteriormente, dos fines de semana al mes, así como los periodos vacacionales íntegros con el padre. Además, solicita una pensión de alimentos por importe de 1.200 €/mes y el abono de los gastos extraordinarios en un porcentaje del 80 % para el padre y el 20 % para la madre. De forma subsidiaria, solicita la custodia compartida, por periodos quincenales, el uso de la vivienda familiar y una pensión de alimentos por importe de 600 €.

SEGUNDO.- *El interés superior del menor como derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento.*

La presente resolución, como no podía ser de otra manera, se inspira en el interés superior del menor, principio rector que debe presidir siempre la adopción de las medidas relativas a los hijos menores, consagrado en el artículo 39 de la Constitución española (en adelante, CE), la Exposición de Motivos y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, los artículos 3.1 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, el artículo 3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, el artículo 159 del Código civil (en adelante, CC), el artículo 749 LEC, así como en doctrina jurisprudencial consolidada.

A este respecto, en el preámbulo de la citada LO 8/2015, de 22 de julio, se describe el interés superior del menor desde una triple perspectiva, a saber, como:

i) *derecho sustantivo*, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución;

ii) *principio general de carácter interpretativo*, de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor, y

iii) una *norma de procedimiento*.

En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

En esta línea de razonamiento, el artículo 2.2 LOPJM, cuando se refiere al interés superior del menor, destaca, entre los criterios generales a tener en cuenta para adoptar las decisiones que les afecten, los siguientes:

a) la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas, y

b) la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

En este sentido, el interés superior del menor, aun siendo un concepto jurídico indeterminado, ha sido matizado por la STS (Sala de lo Civil) núm. 426/2013, de 17 de junio, FD 1º (Ponente: Seijas Quintana), que lo considera como *“la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores como a los alimentos presentes y futuros”*.

Y, por último, la STS (Sala de lo Civil) núm. 439/2020, de 17 de julio, con cita de la STS (Sala de lo Civil) núm. 76/2015 de 17 de febrero, afirma que *“el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”*.

TERCERO.- *La igualdad efectiva de hombres y mujeres como principio informador del ordenamiento jurídico.*

Además, a la hora de resolver los conflictos que surgen en las familias relativos al cuidado y crianza de los hijos, hemos de atender también al principio de corresponsabilidad parental como consecuencia de la igualdad en las relaciones familiares, el cual implica que ambos progenitores comparten la responsabilidad de la crianza y educación de sus hijos, así como el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que consagra como principio informador del ordenamiento jurídico la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, por lo que se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Dicha igualdad debe ponerse necesariamente en relación con la tendencia actual de enjuiciamiento de un caso con perspectiva de género, que parte del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que implica el reconocimiento de la igualdad de trato y oportunidades de hombres y mujeres como principio informador, con carácter transversal, de la actuación de todos los poderes públicos. Ello significa que las medidas de igualdad de oportunidades pretenden, no la igualación dentro de un modelo patriarcal, sino el cambio de modelo por otros distintos donde no existan prejuicios de género en contra de ninguno de los sexos.

La consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en nuestra sociedad pasa necesariamente por la superación del modelo propio de la sociedad patriarcal, que arrastramos desde hace siglos, en el que la mujer, por su naturaleza biológica y capacidad para dar a luz un hijo, o por razón de su sexo, se considera que está más capacitada que un hombre para atender y cuidar a un niño, sobre todo, si es

de corta edad. En dicho modelo patriarcal, a la mujer se le ha adjudicado el rol de género de “cuidadora”, lo que se traduce en atribuirle una serie de cualidades que siempre se han considerado “femeninas”, como la empatía, la sensibilidad, la afectividad, la comprensión, la delicadeza, el sacrificio, la sumisión, la generosidad o el altruismo, mientras que al hombre se le ha asignado el rol de “proveedor”, que se traduce en unas cualidades más propias de su género, esto es, “masculinas”, como la fuerza, la resistencia, la protección, la valentía, la agresividad, la independencia, la competitividad o la asertividad.

Este tradicional reparto de roles ha sustentado el modelo de familia patriarcal, vigente durante siglos, en el que la mujer siempre ha sido una figura secundaria, subordinada a su marido, relegada al cuidado y atención de los hijos, así como a las tareas del hogar, mientras que el hombre se ha mantenido al margen de todas aquellas cuestiones relativas al ámbito “doméstico”, entre ellas, los hijos.

La superación de este modelo tradicional patriarcal exige que el sexo del progenitor no sea un factor a tener en cuenta a la hora de atribuir la guarda y custodia de un niño al padre o a la madre en aquellos supuestos en que no es posible una custodia compartida, pues tanto un hombre como una mujer están igualmente capacitados para criar y educar a un niño, lo que puede observarse en la sociedad actual en los nuevos modelos familiares, tanto en las parejas homosexuales (sean de hombres o mujeres) como en las monoparentales.

CUARTO.- *De la adopción de medidas relativas al hijo menor de la pareja, F.S.T.*

A) En primer lugar, hemos de referirnos a la patria potestad (responsabilidad parental), regulada en los artículos 154 a 161 CC, entendida como un derecho-función, esto es, un derecho que el ordenamiento jurídico otorga a su titular no para la autotutela de sus propios intereses sino para el cumplimiento de una función, en este caso, la de cuidar y velar por los hijos menores que se encuentran a su cargo, y que encuentra su fundamento en el artículo 39.3 CE, cuando afirma que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En este sentido, la regla general es la *titularidad* conjunta de la patria potestad, aun en los supuestos de ruptura matrimonial, pues el artículo 154 CC, en la última redacción operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, dice así:

“Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

Respecto al *ejercicio* de la patria potestad, también será conjunto por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad -artículo 156 CC-.

En consecuencia, en el presente supuesto, la patria potestad del hijo menor Alejandro la ostentan ambos progenitores de forma conjunta.

B) En cuanto a la guarda y custodia, su regulación legal se encuentra en el artículo 92 CC, del tenor literal siguiente:

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

- 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.*
- 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*
- 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.*
- 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.*
- 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*
- 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*
- 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*
- 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de*

ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos”.

A este respecto, el Tribunal Supremo, desde hace años, ha venido reiterando que, pese a la dicción del artículo 92 CC, la custodia compartida no es excepcional, sino normal y aun deseable. Desde la sentencia de 7 de julio de 2011 se han venido exponiendo las razones por las que se considera a la custodia compartida como el régimen más deseable: *“se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del art. 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos. Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre) (sentencia de 13 de julio de 2017)”.*

Ahora bien, lo anterior no significa que no pueda determinarse una custodia monoparental en determinados supuestos, pues la jurisprudencia subraya la necesidad de motivar cuál es el sistema conveniente en cada caso, atendiendo al criterio del interés superior del menor concreto a que se refiere el supuesto de hecho planteado.

Si aplicamos la anterior doctrina al presente supuesto, una vez valoradas las circunstancias concurrentes en la forma que a continuación se expone, resulta más apropiado mantener la custodia exclusiva del hijo menor..., de 23 meses, a favor del padre, tal y como se determinó en el Auto de fecha 8 de octubre de 2021, pues, en el momento actual, es, claramente, lo más beneficioso para el bienestar del menor y su mejor desarrollo en todos los aspectos (material, educativo y emocional), pues su padre es el progenitor que presenta mejores capacidades parentales.

En primer lugar, el Sr. ..., con quien el niño convive exclusivamente desde hace 10 meses, en la vivienda que ha sido familiar, sita en Marbella, donde el menor ha nacido y reside desde entonces, ha demostrado que es un excelente padre y que ... está perfectamente atendido y tiene cubiertas todas sus necesidades, tanto asistenciales como emocionales, lo que se constata por un perito cualificado, el psicólogo D. ..., en el informe pericial obrante en autos, que se muestra contundente en la atribución de la guarda y custodia del menor al progenitor paterno en exclusividad. Así, el psicólogo concluye que “el progenitor paterno muestra muy buenos resultados en la prueba de capacitación parental CUIDA, que denotan, junto con las conclusiones extraídas de la exploración personal, unas altas capacidades de cuidado y atención de terceros, en este caso, de su hijo menor de edad” y que “demuestra ser la figura de apego de referencia, así como el cuidador principal del menor”. Además, tiene en cuenta que “el menor cuenta con arraigo social en Marbella”.

El Sr. ... goza de una estabilidad profesional y económica, conseguida a través de su esfuerzo y trabajo durante años, prestando sus servicios como médico rehabilitador en el Hospital Costa del Sol de Marbella, con un contrato fijo indefinido, y también en clínicas privadas, por lo que ha percibido unos ingresos brutos totales, en el año 2021, por importe de 197.916,05 € (según consta en la Consulta Integral de Patrimonio realizada por este juzgado y así se constata en la documental aportada por el actor).

Además, el progenitor tiene un horario flexible, de 8 a 15 horas, en turno fijo de mañana los lunes, martes, jueves y viernes, y de 15 a 21 horas, los viernes (lo que se acredita con el certificado de fecha 27 de abril de 2022, expedido por D^a. ..., Directora de Profesionales del Hospital Costa del Sol de Marbella, en respuesta al oficio librado por este juzgado en fecha 8 de abril de 2022), que le permite conciliar su vida familiar con su vida profesional. Así, tal y como explicó en el acto de la vista, tras el auto de las medidas provisionales, ha hecho algunos ajustes en su horario, pues, incluso, en el Hospital, le permiten la utilización de medios telemáticos para atender las consultas de los pacientes trabajando desde su domicilio, de modo que los miércoles le eximen del

hospital y puede hacer la privada por la mañana, de 9 a 14 horas, aprovechando para hacer consultas telemáticas cuando el niño está durmiendo la siesta o los fines de semana que ... está con su madre. Y también, a fin de poder atender mejor a su hijo, ha dejado de pasar consulta privada, como profesional en régimen de autónomo, en el Hospital Gálvez de Málaga (donde acudía los miércoles, de 10 a 12:30 horas), tal y como se acredita con el certificado de D^a..., administradora de la mercantil REHABILITACIÓN MALACITANA, S.L., en respuesta al oficio librado por este juzgado en fecha 27 de mayo de 2022.

Asimismo, a lo anterior se añade que el progenitor tiene una estabilidad emocional, una madurez, una flexibilidad, una capacidad de resistencia a las adversidades (lo que se conoce como resiliencia) y un proyecto coherente de vida, en el que ha asumido íntegramente la responsabilidad del bienestar de su hijo, que antepone siempre a sus propias necesidades, por lo que ha devenido en el cuidador principal del niño y así puede observarse desde su nacimiento, pues solicitó una baja paterna de cinco meses para poder cuidar y criar a su hijo y también ahora ha reducido su jornada laboral y modificado sus horarios para adaptarla a las necesidades del menor. Y estas cualidades son muy importantes para el adecuado desarrollo de la vida de un niño, más allá del aspecto puramente material que, siendo importante, no es determinante *per se* a la hora de valorar el progenitor más adecuado para hacerse cargo de un menor.

En cuanto a la flexibilidad, debemos resaltar aquí su importancia, pues el Sr. ... ha estado por encima de las circunstancias y ha permitido que la Sra.... pueda visitar a su hijo cuando y como quiera, en un mayor número de días que los establecidos en resolución judicial (por ejemplo, el niño estuvo con su madre desde el 12 al 30 de diciembre, coincidiendo que el día 13 era el santo de la madre, por lo que el Sr. ... se lo ofreció), llegando incluso él a llevar y traer al niño en coche para llevárselo a su madre, dondequiera que se encontrase (pues algunos fines de semana se quedaba en Fuengirola), a quien se lo entregaba con cuatro bolsas con todo lo que pudiera necesitar el menor (potitos caseros, yogures, frutas, agua, un litro de leche, otros alimentos, además de juguetes, ropa y pañales), al objeto de que la madre no tuviese que gastar dinero y el niño estuviese lo mejor posible, pues el progenitor siempre ha manifestado que no quiere separar en ningún momento al niño de su madre y así lo ha demostrado, lo que no puede decirse de la madre.

Por último, el Sr. ... ha procurado que el menor disfrute de un entorno familiar estable, pues cuenta con el apoyo y la ayuda de familiares y allegados, sobre todo, la de su padre y abuelo del niño, D. ..., quien está jubilado, por lo que pasa largos periodos

en Marbella para poder estar con su nieto y atenderlo mientras el padre trabaja. También la abuela paterna, que aún no está jubilada, viaja a Marbella desde Canarias los fines de semana que su nieto está con el padre. El abuelo paterno explicó en el acto del juicio que, incluso, una vez su mujer se jubile, se han planteado trasladarse a residir en la península, donde se encuentran todos sus hijos y así poder ayudarles en lo que necesiten.

No obstante, dado que la Sra. ... se negó a que el progenitor llevara al niño a una guardería, éste se vio en la necesidad de contratar, como tantos progenitores que tienen que trabajar, en horario de mañana, de 9 a 14 horas, los servicios de una cuidadora, D^a. ..., que le recomendó una enfermera de su trabajo, para cuidar al niño hasta que él regresara del hospital. La Sra. ... declaró en el acto del juicio que el padre llamaba muy frecuentemente por la mañana y se escapaba varias veces del Hospital a la casa para ver cómo estaba su hijo. Además, el progenitor también tiene cerca a su amigo ..., con su mujer e hijos, cuya familia supone un apoyo importante para el Sr. ... y....

En segundo lugar, la actitud y conducta demostrada por la Sra. ... durante todos estos meses, que ya fue valorada en sede de medidas provisionales, cuando se trasladó de forma ilícita con el niño a Galicia, prescindiendo absolutamente de la opinión del padre, no es la más apropiada para hacerse cargo de un niño, circunstancia que ha podido ser constatada igualmente por el psicólogo en su informe. En este sentido, es relevante que, en sus conclusiones, este profesional afirma que “la progenitora materna muestra capacidades parentales deficientes, especialmente en lo referente a las básicas para el cuidado y establecimiento de relaciones sanas de apego con el menor. Resultados coincidentes entre la prueba CUIDA y los signos observados en la entrevista psicodiagnóstica”. A ello añade el psicólogo que la madre muestra “numerosos signos de contradicciones argumentales, tanto contextuales como temporales, indicativos de mantener una narrativa preparada e inventada” y también “un comportamiento poco recomendable para el menor de edad, como fue alejarlo de su entorno y domicilio habitual, por voluntad propia”.

A este respecto, cuando el psicólogo declaró en el acto de la vista, a preguntas del Letrado de la demandada, aclaró varios aspectos del informe que fueron cuestionados por dicha parte, quien, incluso, llegó a negar que la Sra. ... hubiera realizado el test CUIDA, con el argumento de que la entrevista psicodiagnóstica tuvo lugar online.

Así, el psicólogo explicó que la Sra. ...se negó a acudir de forma presencial a la entrevista personal, motivo por el cual la única opción era hacerla online, si bien es una práctica habitual tras la pandemia, para la que se han contemplado las medidas oportunas que aseguren la forma correcta de su realización, que fueron adoptadas en este caso. En este sentido, el psicólogo pudo comprobar *in situ*, a requerimiento de esta juzgadora, que la Sra. ...sí había realizado el test CUIDA, cuyos resultados envió online a este perito mediante un fichero, en el que constaban sus datos personales (entre ellos, su DNI), que sólo ella podía remitir. En este punto, debe significarse que tal prueba se realizó el día 1 de abril de 2022 y que el informe del psicólogo fue trasladado a las partes mediante diligencia de ordenación de fecha 5 de abril de 2022, por lo que, si la Sra. ...consideraba que existía alguna irregularidad grave en la elaboración del informe, lo debería de haber manifestado en ese momento y no esperar hasta el día de la vista, esto es, casi 3 meses después, para decir que no había realizado el test CUIDA, lo que se ha demostrado que no es verdad. Y también podía haber aportado otro informe psicológico en el acto de la vista si consideraba que a su derecho convenía, lo que tampoco efectuó.

Además, el psicólogo aclaró que las conclusiones a las que él llegó son el resultado de valorar todas las pruebas realizadas (y que fueron las mismas que le realizó al otro progenitor), consistentes en la entrevista personal o psicodiagnóstica y el test psicométrico CUIDA (Cuestionario para la evaluación de Adoptantes, Cuidadores, Tutores y Mediadores). Según detalla en su informe, el CUIDA ha sido creado para evaluar la capacidad de un sujeto para proporcionar la atención y el cuidado adecuados a una persona en situación de dependencia e incluye la evaluación de 14 variables de personalidad: altruismo, apertura, asertividad, autoestima, capacidad de resolver problemas, empatía, equilibrio emocional, independencia, flexibilidad, sociabilidad, tolerancia a la frustración, capacidad de establecer vínculos afectivos o de apego, capacidad de resolución del duelo, 3 índices de validez y control de las respuestas y 3 puntuaciones de segundo orden: cuidado responsable, cuidado afectivo, sensibilidad hacia los demás y agresividad.

En este sentido, el psicólogo manifestó que, de todas estas variables, la Sra. ...tan solo muestra una puntuación algo mejor en cuatro de ellas, resaltando la baja puntuación en asertividad, autoestima, capacidad de resolver problemas, empatía, independencia, flexibilidad, sociabilidad, tolerancia a la frustración, cuidado responsable, cuidado afectivo y sensibilidad hacia los demás, en las que obtuvo una puntuación entre 1 y 3 sobre un máximo de 9. Sin embargo, puntualizó que, en

agresividad, cuya puntuación debería ser baja, le da un resultado alto, aspecto al que más adelante nos referiremos.

Por otra parte, tampoco se aprecia estabilidad personal y profesional en la vida de la progenitora ni un modo de vida coherente. En este aspecto, la Sra. ...manifestó en el acto del juicio que ella quería vivir en Galicia con su hijo porque tenía un “plan de vida sostenible”, lo que a esta juzgadora no le ha quedado muy claro en qué consiste exactamente, pues la realidad demuestra que la progenitora, de 31 años, y de profesión decoradora de interiores, aún no tiene una estabilidad profesional (más allá de la realización de un curso de formación de agentes de seguros, según consta en el documento nº 2 aportado por la demandada en la vista) y vive con la ayuda económica que le proporciona su abuela nonagenaria, a la que, según afirma, está cuidando, resultando, cuanto menos llamativo, que, desde el mes de noviembre de 2021 hasta el mes de julio de 2022, ha gastado de las dos cuentas titularidad de su abuela, en las que ella figura como autorizada, el importe total de 28.071,42 €, lo que supone un gasto fijo de 3.508 €/mes, lo que se deduce los extractos de las cuentas bancarias de ABANCA y GLOBALCAJA, aportados en el escrito de fecha 12 de julio de 2022, que presentó la parte demandada, tras los requerimientos efectuados mediante providencias de fechas 25 de octubre de 2021, 23 de marzo de 2022 y 12 de julio de 2022.

Asimismo, la Sra. ...adquirió el día 27 de octubre de 2021 un vehículo de alta gama, un Range Rover Evoque, matrícula 4485-JDL, de segunda mano, cuyo precio medio de mercado oscila entre los 20.000 y 30.000 €, tal y como se acredita con el informe de tráfico y las valoraciones de Internet aportadas por la parte actora en el acto de la vista (documentos nº 2 y 3).

No obstante lo anterior, la Sra. ...sostiene que no puede alquilarse un inmueble en Marbella para poder estar con su hijo porque es una ciudad muy cara y no se lo puede permitir y tampoco abona la pensión de alimentos de su hijo, fijada en 150 €/mes, desde el pasado mes de abril, pero su economía sí le permite viajar con frecuencia (a Oporto, en el mes de noviembre de 2021, a Lanzarote, en el mes de febrero de 2022, o a Madrid, en los meses de marzo y mayo de 2022) e ir a restaurantes, según ella misma informa en su red social Instagram (documentos nº 4 y 5 aportados por la demandada en la vista).

Por tanto, la situación de la madre supone un factor de riesgo para la estabilidad del niño, material y emocional, dada la falta de una respuesta adecuada a los problemas económicos que se derivan de la ruptura de la pareja para hacer frente a los gastos, pues no se observa una conducta activa en la búsqueda activa de empleo, lo que ella

misma ha reconocido en los mensajes de WhatsApp enviados al padre cuando éste le ha preguntado qué piensa hacer en repetidas ocasiones, de modo que el bienestar del niño no va más allá de la preferencia personal de la Sra. ...de residir en Galicia.

En tercer lugar, tal y como ha determinado la jurisprudencia, un criterio determinante a la hora de valorar la conveniencia de una custodia compartida es el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales. Lamentablemente, en este caso, la conducta de la Sra. ...hacia el Sr. ...no es precisamente ejemplar y se observa que, a lo largo de estos meses, continúa con el mismo nivel de falta de respeto y de agresividad hacia el padre de su hijo, tal y como puede apreciarse en las conversaciones completas de whatsapp entre los progenitores desde el día 7 de octubre de 2021 hasta el día 29 de junio de 2022 (aportadas por la Letrada del demandante en el acto de la vista como documento nº 1), en una relación que ella misma calificó en la vista como “funcional”, pero que los hechos demuestran que no puede ser más disfuncional y tóxica, con ataques continuos al padre de su hijo, y que éste aguanta por el bien del niño.

A este respecto, la Sra. ...ha tratado de justificarse alegando que se trataba de momentos puntuales, de “calentones” propiciados por la situación en que se encontraba, pero nada más lejos de la realidad, pues su tónica habitual es la descalificación continua y falta de respeto hacia el padre de su hijo, que también hace extensivo a la familia paterna. De hecho, como ya he indicado anteriormente, en la prueba psicométrica CUIDA, la Sra. ...presenta una puntuación de agresividad alta (6 puntos sobre un máximo de 9 puntos). Agresividad que, por cierto, esta juzgadora tuvo ocasión de comprobar en los mensajes de WhatsApp intercambiados con el progenitor durante los meses de junio a septiembre de 2021, aportados al procedimiento de medidas provisionales previas, y que persiste en el tiempo, tal y como se desprende del análisis de las conversaciones mantenidas por este mismo medio entre los progenitores desde el mes de octubre de 2021 hasta el mes de julio de 2022, a lo largo de 615 páginas.

Así pues, en los mensajes (agotadores desde un punto de vista psicológico) se aprecia la conducta manipuladora de la Sra...., su inmadurez y su falta de reflexión y autocrítica, en los que intenta culpar continuamente al Sr. ...de la situación que ella misma ha provocado y elegido libremente, de la que no se responsabiliza, entrando en una espiral de insultos, menosprecios y vejaciones hacia el padre de su hijo, así como a los abuelos paternos, sin justificación alguna (e, incluso, a esta juzgadora, calificándome como juez “pirada” o “Putal erda”). Algunos ejemplos ilustrativos de tal conducta se observan en los mensajes siguientes:

-“Eres una persona despiadada. Y la única que no lo he sabido ver era yo. Eres en Galicia al menos el ser más odiado y despreciado del momento. Y esa es la realidad. La juez está pirada [...]. Todo el mundo sabe la clase de madre que soy. Gracias a las putas redes sociales. La gente sabe como he cuidado de ese pequeño bebé durante 13 meses. Es IMPOSIBLE QUE ESTÉ BIEN SIN MI”.

-“Eres mala persona. La peor que yo he conocido. Tú y tu familia. Sois malos con apariencia de tontos.” (30/10/21, 22:38).

-“Sois la gente con el alma más negra que he visto jamás. Y mentirosos como nadie” (15/01/22, 20:42).

-“Eres el peor padre que le he podido darle a mi primer hijo. EL PEOR” (16/01/22, 8:58) “Que eres un puto monstruo” (30/01/22, 23:20).

-“Sois una familia de mentirosos compulsivos” (29/01/22, 14:43).

-“Siento pena. Pena de haberte conocido. En la primera vez que me pareció que faltaban condones. Debí haberte mandado a tomar por culo con tu Puta madre (30/01/22, 23:24).

-“La gentuza de tu madre no se ha dignado ni a felicitar me por tu cumpleaños” (30/01/22, 23:27).

-“Seres despreciables” (30/01/22, 23:28).

-“Eres un indeseable” (30/01/22, 23:31). “Cada día os veo más como a unos putos bichos raros” (19/02/22, 9:04).

-“Mis abogados se mean contigo. Sois una familia de locos” (19/02/22, 9:11).

-“Y lo peor, haber tenido un hijo con un ser como tú” (19/02/22, 12:56).

-“Es lo que eres para mí. Un ser despreciable” (19/02/22, 9:14).

-“Eres mala persona. Un manipulador. Y un mentiroso” (13/03/22, 14:37). “Eres la peor persona que he podido dar de padre a mi hijo” (13/03/22, 14:39). “Eres mala persona. Y un mentiroso” (13/03/22, 14:40). “Solo puedo arrepentirme de haber tenido un hijo contigo. Ha sido sin duda lo peor que hice en mi vida” (13/03/22, 15:00). “Lo vais a pagar todos. Solo sé eso” (13/03/22, 15:01).

-“Eres un cero. Eres burro. Tonto. Torpe. Corto. En resumen, no eres listo. Es lo que eres. Es con lo que tuve un hijo. Puta desgracia de vida. El haber seguido a delante contigo. Puta desgracia” (13/03/22, 16:04).

-“Eres escoria. No lo digo yo. Lo dirá Alejandrino. Cuando sea consciente de todo” (14/03/22, 23:13).

-“Me estarías dando derecho a llamarte retrasado mental. Pero yo estoy fuera de la realidad. Según la Puta lerda. Así que voy a decirte que me parece perfecto” (15/03/22, 10:04).

-Eres insoportable. Insufrible. Dios me ha castigado no sé muy bien xp. Metiendo a una persona como tú en mi vida. PUTA TORTURA CHINA. Mira por tu hijo!! Coño. Y deja ya la esquizofrenia” (17/03/22, 12:58).

-A pesar de que eres un ser horrible sin escrúpulos, estoy segura de que a la larga eso te pasará factura” (18/04/22, 14:45).

-“Qué sinvergüenza eres” (17/06/22, 8:07).

Otro reflejo de la actitud victimista que ha adoptado en todo momento la Sra...., así como la manipulación que hace de la realidad, para acomodarla a sus propios intereses, la encontramos en la entrevista que concedió al periódico La voz de Galicia (aportada por la actora en la vista como documento nº 6), en la que todo gira a la supuesta discriminación que afirma haber sufrido por vivir en un pueblo de Galicia, motivo por el cual, según su versión, esta juzgadora no le atribuyó la custodia de su hijo, lo que no se ajusta en absoluto a la realidad de los hechos, ocultando los verdaderos motivos contenidos en el auto de medidas provisionales por los que se atribuyó la custodia del niño al padre.

Por otra parte, tampoco considero respetuoso hacia el menor ...la continua sobreexposición en redes sociales por parte de la madre, en un “postureo” del todo punto innecesario, lo que se aprecia en las diversas capturas de pantalla del Instagram de la Sra. ... (aportadas como documento nº 12 en el acto de la vista por la parte actora). Y, mucho menos, el impago de la pensión de alimentos fijada a favor del niño, que la progenitora no abona desde el pasado mes de abril.

En cuarto lugar, no solo el psicólogo sino también el trabajador social D. ... concluye en su informe que “el progenitor atiende a diario de forma adecuada al menor en todos sus cuidados atenciones y necesidades, en cuanto a: horarios, aseo e higiene, preparación de comidas, orden de la vivienda, normas, seguimiento educativo, evolución de la salud”, “muestra mucho apego, confianza y complicidad con el menor con un fuerte vínculo entre ellos”, “se anticipa a cualquier circunstancia que pueda necesitar el menor de forma constante, mostrando mucho interés por ello y una gran capacidad de atención”, y “para atender al menor tiene un sistema de apoyos estables

adecuado que asegura en todo momento que el menor esté correctamente atendido, mediante la abuelo paterno y una persona cuidadora de forma diaria” (pág. 18).

Sin embargo, este profesional considera que “la progenitora actualmente no tiene un trabajo estable ni ingresos propios para tener una vida independiente, teniendo el apoyo económico de su familia”, “está llevando a cabo cursos de formación con el fin de tener un trabajo estable y tener autonomía económica, aunque no ha renovado su inscripción como demandante de empleo” y “sin embargo no ha tenido en cuenta que el arraigo del menor está, desde su nacimiento, en Marbella” (pág. 19). En consecuencia, considera que el sistema que le va bien y es el más recomendable para el menor es que la guarda y custodia sea para el progenitor.

Y, en quinto y último lugar, también el Ministerio Fiscal se muestra totalmente favorable a la custodia exclusiva a favor del padre porque considera que, actualmente, no es posible la custodia compartida, al tener los progenitores distintos proyectos de vida, pues el padre está en Marbella y la Sra. ...no desea trasladarse de Galicia. El niño está total y perfectamente atendido por su padre y el hecho de tener más o menos tiempo por motivo de su actividad laboral no significa que no se pueda cuidar de un niño, por lo que no se trata de una cuestión económica. Sin embargo, la situación de la madre es más transitoria, ahora mismo no está trabajando, y presenta unas capacidades parentales deficientes, según el informe psicosocial. Por ello, para preservar el interés del menor, es adecuado que el niño se quede con el padre, considerando, además, que los gastos de desplazamiento y estancia de la madre para visitar y estar con el menor sean sufragados íntegramente por ella.

Tras la atribución de la guarda y custodia de ...de forma exclusiva a su padre, hemos de ocuparnos del régimen de visitas, comunicaciones y estancias a favor de la madre, cuya regulación la encontramos en el artículo 94 CC, debiendo el juez determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores pueda ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

En este punto, la STS (Sala 1ª) núm. 301/2017, de 16 de mayo (Ponente: Parra Lucán), en su Fundamento de Derecho Tercero, se refiere a la doctrina de la sala relativa al régimen de visitas cuando los padres residen en lugares alejados, en los términos siguientes:

“El art. 94 CC encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen

del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta sala, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor (sentencias 289/2014, de 26 de mayo, 685/2014, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre).

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art. 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurren: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes, es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor -solo o acompañado- o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos

que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De allí que, como declara la doctrina contenida en las sentencias citadas de esta sala, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redundará en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.

Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 de la Constitución, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas. No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos”.

Si aplicamos la doctrina anterior al caso que nos ocupa, tras una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes, en la forma que ya hemos examinado, procede determinar, para el caso de desacuerdo entre los progenitores, el siguiente régimen de visitas, comunicación y estancias a favor de la madre:

a) Semanal: la madre podrá tener a su hijo en su compañía los fines de semana alternos, desde el viernes, a las 16 horas o, en su caso, a la salida de la guardería o centro escolar, hasta el domingo, a las 18 horas o, en su caso, hasta el lunes, en que reintegrará al menor en la guardería o centro escolar.

Si el fin de semana coincidiera con un festivo o puente, se incluirá el día inmediatamente anterior (víspera de festivo), así como el día no lectivo correspondiente, alargándose, así, el fin de semana.

Estas visitas tendrán lugar en Marbella, en atención a la escasa edad del menor, debiendo ser la madre la que haga los desplazamientos oportunos, recogiendo y reintegrando al menor, bien en el domicilio paterno bien directamente en la guardería o centro escolar, si fuera el caso. Además, la madre deberá informar al padre del lugar donde se encuentre el niño.

b) Periodos vacacionales: en lo que respecta a las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Semana Blanca y verano, serán repartidas del modo que a continuación se expone.

Así, la primera mitad de las vacaciones de Navidad comprenderá desde el día en que comiencen las vacaciones escolares, en el mes de diciembre, a las 18 horas, hasta el día 30 de diciembre, a las 18 horas. La segunda mitad comienza el día 30 de diciembre, a las 18 horas, hasta el día anterior al inicio de las clases escolares, en el mes de enero, a las 18 horas. En los años pares, el padre disfrutará de la compañía de su hijo la primera mitad de las vacaciones y la madre la segunda mitad, siendo a la inversa en los años impares.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, el padre podrá estar con su hijo la totalidad de las vacaciones durante los años impares y la madre los años pares, desde el viernes de Dolores, a las 18 horas, hasta el Domingo de Resurrección, a las 18 horas.

Respecto a la Semana Blanca, el padre podrá estar con su hijo la totalidad de las vacaciones durante los años pares y la madre los años impares, desde el viernes, a las 18 horas, hasta el domingo, a las 18 horas.

Por último, en cuanto a las vacaciones de verano, se entenderán como tal los meses de julio y agosto, correspondiendo a la madre en los años pares la primera quincena de cada mes y al padre las segundas, y al revés en los años impares, esto es, el padre la primera quincena del mes de julio y la primera de agosto y a la madre la segunda quincena de cada mes.

En los periodos vacacionales aquí reseñados, se permite que la madre pueda pasarlos con su hijo en Galicia, si así lo desea, siendo ella la que recoja y reintegre al menor del domicilio paterno.

Los gastos de desplazamiento y estancia (en su caso) del progenitor no custodio para el cumplimiento del régimen de visitas serán sufragados íntegramente por la Sra...., en atención a su situación laboral actual, que ya tiene un empleo, en el que, tal y como afirma, va a comenzar a percibir unos ingresos mensuales de 900 € (más comisiones), además de los proyectos de interiores que va realizando y no declara a la Agencia Tributaria, según ella misma admitió en la vista, la ausencia de gastos al vivir en casa de su madre en Galicia, el nivel de vida que ha mantenido estos meses y el hecho de haber sido la única responsable de esta situación familiar, inconciliable con su propio proyecto personal, pues la decisión de residir fuera de Marbella (es indiferente que sea Galicia, Madrid, Barcelona o Murcia) ha sido totalmente unilateral.

Por último, el padre facilitará la comunicación diaria de la madre con el menor por medios telemáticos (videollamada, Skype, Zoom, etc.), dentro de un horario que guarde el debido orden doméstico y se adapte a las rutinas de Alejandro.

C) Respecto al uso y disfrute de la vivienda familiar, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 96 CC, apartado primero, que determina que *“en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad”*.

En el presente supuesto, al haberse atribuido la guarda y custodia del hijo menor ...de forma exclusiva al progenitor, el uso y disfrute de la vivienda familiar, en régimen de alquiler, corresponde al hijo menor común y a su padre.

D) Por último, en cuanto a los alimentos debidos a los hijos, debe partirse del artículo 142 CC, que regula el derecho de alimentos entre parientes, los cuales, en sentido legal, comprenden todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista.

Dentro de este genérico derecho de alimentos, se incardina el de los progenitores respecto a sus hijos, que cobra especial relieve en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, de manera que la obligación legal de dar alimentos a los hijos es uno de los deberes ineludibles de la relación paterno-filial, contenida en la patria potestad, establecida en los artículos 110 y 154 CC, que surge, pues, como consecuencia de la filiación, llegando, incluso, a alcanzar rasgo constitucional, pues el artículo 39 CE señala que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

Podemos definir la pensión alimenticia a favor de los hijos como aquella prestación económica que, en el marco de un proceso de crisis familiar, se establece judicialmente para ser satisfecha por los progenitores a favor de sus hijos, con el fin de atender sus necesidades. En el plano internacional, se recoge este derecho de alimentos del menor como un derecho fundamental en el Art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10-12-1948, Art. 11.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19-12-1966 y Art. 27.4 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989.

Además, esta obligación legal de alimentos de los progenitores respecto a sus descendientes recibe un tratamiento jurídico, doctrinal y jurisprudencial, diferente en función de que el hijo sea menor o mayor de edad, que encuentra su fundamento en el

propio texto constitucional, subrayándose que el régimen jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores goza de mayor amplitud y preferencia respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes. Así, debemos destacar que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, Art. 39.3 de la Constitución Española, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.

Es por ello que, en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, el artículo 91 CC exige imperativamente al juez que se pronuncie en la sentencia sobre las medidas en relación con los hijos habidos en el matrimonio, entre las cuales se incluyen aquellas de contenido patrimonial o económico, esto es, los alimentos. A su vez, el artículo 93 CC establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, adoptando las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, lo cual es exponente de que nos encontramos ante una medida de *ius cogens* y que, por tanto, debe adoptarse de oficio aunque no medie petición expresa del progenitor que tiene la guarda y custodia. E, igualmente, el artículo 154 CC incluye la obligación de prestar alimentos a los hijos dentro de los deberes inherentes a la patria potestad, contribución que ha de establecerse de acuerdo con las posibilidades económicas del que tiene que prestarlos y de las necesidades de quien debe recibirlos.

El problema fundamental que se plantea es el relativo a la cuantificación de los alimentos, para lo cual debemos partir de la regla general del artículo 146 CC, a tenor del cual “*la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”. Así pues, habrán de valorarse, por una parte, las necesidades de los hijos, conforme al uso del lugar y a sus circunstancias – Arts. 93, 1319 y 1362.1 CC- y las necesidades del progenitor obligado al pago de los alimentos –Art.152.2 CC-, y, por otra, los recursos económicos de ambos progenitores –Arts. 145 y 1438 CC-, el trabajo que el progenitor custodio dedica la hogar y a la atención de los hijos –Arts. 103.3 y 1438 CC-, el uso de la vivienda familiar por él y por los hijos y los recursos económicos con que cuentan los propios hijos convivientes en el hogar familiar –Art. 165 CC-.

En este sentido, la doctrina legal y jurisprudencial en esta materia ha señalado reiteradamente que, para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en

supuestos de crisis matrimoniales, ha de atenderse al nivel de vida concreto de la familia de que se trate y también deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad; y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 CC, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe; normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, sino que implica solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro; cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio solo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas.

En el presente supuesto, aún cuando la pareja ha disfrutado de un nivel de vida alto, gracias a los ingresos que el Sr. ...percibe por su trabajo como médico, debe tenerse en cuenta la carencia, de momento, de ingresos de la Sra..., que ha afirmado que va a comenzar a trabajar en breve, partiendo de unos ingresos fijos mensuales de 900 €/mes (más comisiones), aparte de los proyectos de interiores que pueda realizar en el futuro, así como las necesidades del menor, que aún no asiste a la guardería, por lo que se estima prudente fijar una pensión de alimentos a favor del hijo menor ...por importe de 180 €/mes, a lo que deberá añadirse, llegado el caso, el 50 % de los gastos de guardería.

Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios del menor, serán sufragados por mitad por ambos cónyuges.

QUINTO.- Por razón de la naturaleza delicada de la materia objeto del presente procedimiento, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales.

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

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda promovida por DON ..., representado por el Procurador de los Tribunales D. ... y asistido por la Letrada D^a. ..., frente a DOÑA

..., representada por el Procurador de los Tribunales D. ... y asistida por el Letrado D. ..., y, en consecuencia, ACUERDO las siguientes medidas:

1) La patria potestad sobre el hijo menor se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, quienes han de cumplir los deberes y respetar los derechos del otro en el ejercicio de dicha patria potestad, siendo válidos los actos que realice uno solo de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, así como a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación del menor, y a comunicarse las incidencias que afecten a éste, de carácter eventual o extraordinario, principalmente, en el supuesto de enfermedad.

2) La guarda y custodia del menor ...se otorga de forma exclusiva al padre, a quien se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar, en régimen de alquiler, sita en la Urbanización ..., nº ..., portal ..., piso

3) Respecto al régimen de visitas, comunicación y estancias a favor de la madre, en defecto de acuerdo de ambos progenitores, se fija el siguiente:

a) Semanal: la madre podrá tener a su hijo en su compañía los fines de semana alternos, desde el viernes, a las 16 horas o, en su caso, a la salida de la guardería o centro escolar, hasta el domingo, a las 18 horas o, en su caso, hasta el lunes, en que reintegrará al menor en la guardería o centro escolar.

Si el fin de semana coincidiera con un festivo o puente, se incluirá el día inmediatamente anterior (víspera de festivo), así como el día no lectivo correspondiente, alargándose, así, el fin de semana.

Estas visitas tendrán lugar en Marbella, en atención a la escasa edad del menor, debiendo ser la madre la que haga los desplazamientos oportunos, recogiendo y reintegrando al menor, bien en el domicilio paterno bien directamente en la guardería o centro escolar, si fuera el caso. Además, la madre deberá informar al padre del lugar donde se encuentre el niño.

b) Periodos vacacionales: en lo que respecta a las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Semana Blanca y verano, serán repartidas del modo que a continuación se expone.

Así, la primera mitad de las vacaciones de Navidad comprenderá desde el día en que comiencen las vacaciones escolares, en el mes de diciembre, a las 18 horas, hasta el día 30 de diciembre, a las 18 horas. La segunda mitad comienza el día 30 de diciembre, a las 18 horas, hasta el día anterior al inicio de las clases escolares, en el

mes de enero, a las 18 horas. En los años pares, el padre disfrutará de la compañía de su hijo la primera mitad de las vacaciones y la madre la segunda mitad, siendo a la inversa en los años impares.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, el padre podrá estar con su hijo la totalidad de las vacaciones durante los años impares y la madre los años pares, desde el viernes de Dolores, a las 18 horas, hasta el Domingo de Resurrección, a las 18 horas.

Respecto a la Semana Blanca, el padre podrá estar con su hijo la totalidad de las vacaciones durante los años pares y la madre los años impares, desde el viernes, a las 18 horas, hasta el domingo, a las 18 horas.

Por último, en cuanto a las vacaciones de verano, se entenderán como tales los meses de julio y agosto, correspondiendo a la madre, en los años pares, la primera quincena de cada mes y al padre las segundas, y al revés en los años impares, esto es, el padre la primera quincena del mes de julio y la primera de agosto y a la madre la segunda quincena de cada mes.

En los periodos vacacionales aquí reseñados, se permite que la madre pueda pasarlos con su hijo en Galicia, si así lo desea, siendo ella la que recoja y reintegre al menor del domicilio paterno.

Los gastos de desplazamiento y estancia (en su caso) del progenitor no custodio para el cumplimiento del régimen de visitas serán sufragados íntegramente por la Sra.....

Por último, el padre facilitará la comunicación diaria de la madre con el menor por medios telemáticos (videollamada, Skype, Zoom, etc.), dentro de un horario que guarde el debido orden doméstico y se adapte a las rutinas de....

4) Como pensión de alimentos para el hijo menor, D^a. ... abonará a D. ..., dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, la cantidad de CIENTO OCHENTA EUROS (180 €). Para el supuesto de que el menor acuda a la guardería, si ambos progenitores así lo decidiesen, la madre deberá abonar también el 50 % de su coste. El pago se realizará en la cuenta bancaria titularidad del Sr..., cuyos datos ya conoce la Sra.....

La actualización de dicha pensión se efectuará anualmente, teniendo en cuenta la variación experimentada por el IPC que emite el Instituto Nacional de Economía (INE) u organismo que legalmente lo sustituya, en los doce meses anteriores a la fecha en que proceda realizar la actualización.

5) Respecto de los gastos extraordinarios que puedan producirse en la vida del menor, tales como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, clases no cubiertas por el sistema educativo o actividades extraescolares, serán satisfechos por ambos progenitores por mitad.

6) Se prohíbe expresamente la exhibición de fotografías del menor ...por los progenitores en cualquier red social, a los efectos de preservar la identidad e integridad del niño.

No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado, en el plazo de veinte días, tal y como establece el artículo 455 LEC, para su posterior decisión por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga.

Se apercibe a las partes que es requisito imprescindible para la interposición del recurso de apelación la consignación como depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, salvo que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita. Para efectuarlo deben indicar en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "recurso", seguido del "Código 02 Civil-Apelación.

Así por esta mi sentencia de la que se llevará certificación a los autos de que dimana, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de su fecha por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública; doy fe.