



Roj: **SAP BI 536/2015 - ECLI: ES:APBI:2015:536**

Id Cendoj: **48020370042015100076**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **561/2014**

Nº de Resolución: **106/2015**

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

Ponente: **FERNANDO VALDES-SOLIS CECCHINI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 536/2015,**
STS 5537/2016

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

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

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.03.2-13/001596

NIG CGPJ / IZO BJKN :48.046.42.1-2013/0001596

A.divor.conte.L2 / E_A.divor.conte.L2 561/2014

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

Autos de Divorcio contencioso LEC 2000 318/2013 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Belinda

Procurador/a/ Prokuradorea:MIREN ITXASO ESESUMAGA ARROLA

Abogado/a / Abokatua: ANA SAENZ-CORTABARRIA FERNANDEZ

Recurrido/a / Errekurritua: Heraclio y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a / Prokuradorea: MIREN MAITE ALBIZU ORBE

Abogado/a/ Abokatua: IDOIA OLAGUENAGA MARTINEZ

SENTENCIA Nº 106/2015

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA

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

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Divorcio contencioso LEC 2000 318/2013



del UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Gernika, a instancia de **D.ª Belinda** apelante - demandada, representada por la Procuradora Sra. MIREN ITXASO ESESUMAGA ARROLA y defendida por la Letrada Sra. ANA SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, contra **D. Heraclio** apelado - demandante, representado por la Procuradora Sra. MIREN MAITE ALBIZU ORBE y defendido por la Letrada Sra. IDOIA OLAGUENAGA MARTINEZ y con la intervención del **MINISTERIO FISCAL** ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 5 de mayo de 2014 aclarada por auto de fecha 29 de mayo de 2014.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 5 de mayo de 2014 es del tenor literal siguiente:

"FALLO

Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por el Sr. Heraclio ,

DEBO ACORDAR Y ACUERDO la disolución por divorcio del matrimonio formado por Don Heraclio y Doña Belinda , que consta inscrito en el registro de Maruri¿Jatabe, celebrado el día 30/04/2011, con todos los efectos legales inherentes a tal disolución.

DEBO ACORDAR Y ACUERDO establecer las siguientes medidas paternofiliales:

La menor Mariola estara *bajo la patria potestad demabos progenitores y bajo la custodia de la madre.*

El regimen de visitas se ejercera conforme al siguiente calendario:

Hasta que cumpla dos años el Sr. Heraclio podrá estar con su hija menor tres días semanales que, a falta de acuerdo, serán los martes y jueves y sábados de 17,30 a 20,00 horas. En todo caso las recogidas y entregas se harán en el domicilio de la madre y menor.

A partir de los dos años de edad , el Sr. Heraclio ampliará su régimen de visitas, y podrá estar, además de los martes y jueves en el mismo horario, los sabados desde las 10 de la mañana hasta las 20,00 horas. En todo caso las recogidas y entregas se harán en el domicilio de la madre y menor.

A partir de la escolarización de la menor , el régimen de visitas se ampliara, pasando el Sr. Heraclio con su hija menor, los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente, que la entregará de nuevo en el centro escolar.

Así mismo, podrá estar con su hija fines de semana alternos, desde la salida del centro escolar los viernes hasta el lunes que la reintegrará en el mismo.

Asimismo la menor a partir de los cinco años de edad estará con su progenitor durante las vacaciones escolares conforme al siguiente régimen.

Las vacaciones escolares de *Navidad* se dividirán en dos periodos, el primer periodo abarcará desde el último día de lectivos hasta las 12 horas del día 31 de diciembre y, el segundo periodo, abarcara desde las 12 horas del día 31 de diecimbre hasta el regreso al centro escolar. En defecto de acuerdo la menor pasará la primera parte de las vacaciones con el padre y la segunda con la madre, en los años pares , y se invertirá el orden en los años impares.

Las vacaciones de *Semana Santa* se dividirán por mitad, en defecto de acuerdo la menor pasará la primera parte de las vacaciones con el padre y la segunda con la madre, en los años pares , y se invertirá el orden en los años impares.

Las *vacaciones escolares de julio y agosto* se dividen en cuatro períodos iguales, que se disfrutarán de forma alterna por los progenitores, eligiendo el defecto de acuerdo el padre los años pares y la madre los años impares.

Los días no lectivos que discurran entre la finalización del curso escolar en junio hasta el 1 de julio y los que transcurran desde el 1 de septiembre hasta el inicio del curso escolar se pasarán cada uno con un progenitor, y, en defecto de acuerdo, la menor pasará los días de junio con el padre y los de septiembre con la madre, en los años pares , y se invertirá el orden en los años impares.

El día del cumpleaños de la menor, tendrá derecho el progenitor a que no corresponda conforme este régimen pasar con ella el día, estar en su compañía una hora que defecto de acuerdo será de cinco a seis de la tarde.



Se establece una **pensión alimenticia** de 200 euros mensuales a favor de la menor y a cargo del progenitor no custodio, que se ingresara en la cuenta que la Sra. Belinda designe a tal efecto.

El abono de la pensión alimenticia se realizará las doce mensualidades anuales y se ingresara en los cinco primeros días del mes. El importe se actualizará anualmente conforme al IPC establecido por el INE o el organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en relación a las costas procesales.

Firme esta resolución dese comunicación de la misma al registro Civil de Maruri-Jatabe para su inscripción."

Sentencia aclarada por Auto de fecha 29 de mayo de 2014 cuyos Fundamentos de Derecho y Parte Dispositiva son del tenor literal siguiente:

" **PRIMERO.**- El artículo 214.1 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil (LECn) establece que los tribunales no pueden variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

La aclaración o la rectificación puede realizarse, según el apartado 2 del mismo precepto de oficio, dentro de los dos días siguientes a la publicación de la resolución o, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, formulada dentro del mismo plazo, es decir dentro del plazo de dos días, pero contado en este caso desde la respectiva notificación. Tratándose de errores materiales manifiestos o aritméticos la rectificación puede realizarse en cualquier momento (apartado 3 del artículo 214 de la LECn).

SEGUNDO.- En el presente caso procede aclarar la sentencia indicando que:

La escolarización de la menor se inicia cuando esta acaba la guardería, con escolarización se viene a indicar que la menor acudirá a un centro con un horario definido. Puede iniciarse con tres años o con cuatro, no significa escolarización obligatoria. Los padres en el ejercicio de la patria potestad, deberán decidir, conjuntamente, cuando ha de acudir la menor al colegio.

A falta de acuerdo y al objeto de no privar a la menor de las visitas con su padre durante los meses de verano, habiendo insistido la demandada en dilatar hasta la escolarización la pernocta del menor con su padre, durante los meses de verano, se deberá continuar con el régimen de visitas establecido, salvo mejor acuerdo de los progenitores. Los horarios de recogida de la menor se mantienen durante los festivos escolares, entendiéndose que la salida del centro escolar tiene lugar a las cinco, esa será la hora en que la opodrá recoger, en este caso de su domicilio.

En cuanto a que la menor pueda ser recogida por terceras personas, esa es una prerrogativa de cada progenitor, que pueden delegar en quienes estimen oportuno el cuidado de su hijo, sin que sea necesario hacer una previsión expresa en sentencia.

PARTE DISPOSITIVA

1.- SE ACUERDA aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 8/5/2014 en el sentido que se indicado en el Fundamento de derecho segundo de esta resolución."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la **demandada** se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **561/14 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Hecho el oportuno señalamiento, la vista del recurso se celebró ante la Sala el pasado día 18 de febrero de 2015, con asistencia de los letrados de las partes, quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

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

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

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las dos partes, una por vía de recurso y otra por vía de impugnación, recurren la sentencia dictada en las presentes actuaciones; la que fue en su día demandada pide una restricción del derecho de visitas del padre por considerar que el mismo está afecto de deficiencias psíquicas y dependencia de sustancias tóxicas y un aumento de la pensión alimenticia; el impugnante reitera su petición de guarda y custodia compartida.



En nuestras Sentencias de fecha 28 de mayo de 2014 y 4 de febrero de 2015 estudiábamos un asunto similar desde la óptica de la sentencia del TS de fecha 25 de abril de 2014 donde de manera clara y decidida se inclina por el establecimiento de la guarda y custodia compartida como sistema más adecuado para el ejercicio de la custodia de hijos en supuestos de crisis parentales. Es siguiendo estos pronunciamientos que vamos a estudiar el presente procedimiento.

SEGUNDO.- El padre de la menor tiene otra hija, fruto de anterior relación que ha permanecido bajo su guarda y custodia desde hace muchos años, al parecer desde que suspendió la relación con la madre de esta menor; dicha guarda y custodia ha venido desarrollándose con entera normalidad sin que conste acreditado en autos incidente alguno relativa a la misma.

El reproche dirigido por la recurrente D^a Belinda frente a Don Heraclio es su inestabilidad emocional y su dependencia de sustancias tóxicas, dependencia que ha sido reconocida por el propio D Heraclio en todo momento si bien manifiesta que ha cesado en la misma hace muchos años y no ha sido obstáculo para que mantuviera la guarda y custodia de su otra hija durante los años en que la viene desempeñando. Dependencia que en todo caso es anterior a las fechas en que las partes contrajeron matrimonio. Por ello podemos concluir que el impugnante reúne cualidades suficientes para poder atender a su segunda hija, Mariola, que pronto va a cumplir dos años de edad al igual que lo ha hecho con la otra y sin perjuicio de constatar, como resulta del acto del juicio, la intervención de una hermana de D Heraclio que al parecer tiene un importante papel en el desarrollo de las relaciones paterno filiales.

De todo lo actuado no resulta suficientemente acreditado que D Heraclio esté en la actualidad en situación de dependencia de sustancias estupefacientes ni en tratamiento por alteraciones psíquicas; ni consta circunstancia alguna ¿ el informe pericial psicológico evacuado en autos no la refleja ¿ que le hagan inadecuado para la educación y crianza de su hija menor de edad. Como lo ha sido para la guarda y custodia de su otra hija.

El mayor obstáculo para el desarrollo de una guarda y custodia compartida reside en las malas relaciones que mantienen los progenitores. Sin embargo estas malas relaciones no nos pueden conducir a denegar una guarda y custodia compartida pues bastaría acudir al expediente de buscar de modo sistemático un enfrentamiento, real o ficticio, con el otro progenitor para impedir el establecimiento de un régimen de custodia que de modo generalizado comienza a implantarse en nuestro derecho de familia como el sistema más general y aconsejable de guarda y custodia.

Por tanto no concurre en el presente supuesto motivo alguno que impida el establecimiento de una guarda y custodia compartida que, habida cuenta la edad de la menor, la vamos a establecer semanal para que tenga un contacto muy frecuente con los dos progenitores; estableciendo la obligaciones de los mismos de constituir una cuenta corriente a nombre de la menor para atender a las necesidades de la misma, hoy guardaría y mañana centro de enseñanza, que habida cuenta la escasa edad de la menor por ahora ciframos en 100 euros mensuales a cargo de cada progenitor, cantidad que deberá el día de mañana acompañarse a las necesidades reales de la niña según vaya evolucionando su ciclo vital.

No es preciso señalar una pensión alimenticia pues cada progenitor atenderá a las necesidades de la menor cuando permanezca en su compañía, pero sí un régimen de visitas intersemanales, los miércoles a falta de acuerdo, desde las 18 hasta las 20 horas para que conserve en todo momento el contacto con sus dos padres.

El establecimiento de una guarda y custodia compartida supone la desestimación del recurso interpuesto por D^a Belinda en su integridad.

TERCERO.- El cambio sustancial que representa la sentencia que dictamos aconseja no dictar particular pronunciamiento en las costas de esta apelación.

CUARTO.- La disposición adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

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

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.



FALLAMOS

Estimando el recurso por impugnación articulado por Don Heraclio contra Sentencia y Auto aclaratorio dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Upad de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de los de Gernika y Lumo en autos de divorcio contencioso nº 318/2013, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y parcialmente revocamos la misma en cuanto a las medidas relativas a la hija matrimonial menor de edad:

- 1.- Se establece un sistema de guarda y custodia compartida por el que la menor permanecerá semanas alternas en compañía de su padre y de su madre.
- 2.- El progenitor, en la semana que no le corresponda permanecer con la menor, la tendrá en su compañía los miércoles de 18 a 20 horas, a falta de acuerdo distinto entre las partes.
- 3.- Cada progenitor contribuirá con la suma de 200 euros mensuales que se ingresará en una cuenta corriente a nombre de la menor y con la que se atenderá a los gastos ordinarios de la misma.
- 4.- Los gastos extraordinarios de la menor serán satisfechos por mitad e iguales partes.

Se desestiman las restantes pretensiones de las partes, confirmando la sentencia recurrida en sus restantes pronunciamientos y sin dictar particular pronunciamiento en las costas de la presente apelación.

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

Devuélvase a D. Heraclio el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

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

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

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0561 14 . Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

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

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

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