

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065744

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 DE MARBELLA**

Auto 324/2021, de 8 de octubre de 2021

Medidas Provisionales Previas n.º 1034/2021

**SUMARIO:****Derecho de familia. Parejas de hecho. Separación de hecho. Guarda y custodia de menores. Medidas provisionales. Interés del menor.**

Retirada la custodia de su hijo de un año a una mujer tras la ruptura de la relación de hecho que mantenían los progenitores. Ella, de Galicia, y él, de Canarias, vivían en Marbella (Málaga), donde trabajaban. La madre decidió regresar a su pueblo natal, un municipio de Galicia, después de la separación y llevarse al pequeño sin el consentimiento del padre, lo que ha motivado a la jueza a decidir que el hijo debe permanecer, de manera provisional, bajo el cuidado del padre.

Los progenitores del menor, de ahora 13 meses, mantuvieron una relación durante cuatro años y trasladaron su domicilio de forma conjunta al municipio malagueño de la Costa del Sol, donde nació y se registró su hijo. Tras las desavenencias entre los padre, la madre se llevó al niño a una parroquia gallega, en contra de la voluntad del padre, quien habría manifestado su oposición de forma expresa, y sin haber obtenido previa autorización judicial. Entre las razones que expone la magistrada para retirar la guarda y custodia del menor, están, según se recoge en el auto, que la decisión es «unilateral y no consentida por el padre», que la madre habría mantenido una actitud caprichosa, egoísta, inmadura, agresiva e irrespetuosa sin acreditar causa alguna que justifique el traslado y una serie de «vejaciones e insultos» hacia el padre del menor.

La jueza señala que no se ha demostrado causa alguna que justifique el traslado del menor a Galicia, más allá de su mera conveniencia personal, anteponiendo sus propios intereses a los de su hijo, atribuyéndose el poder de decisión de la vida del menor como si éste fuera de su propiedad, prescindiendo absolutamente del padre del niño. Decisión unilateral de la madre que incide de pleno, en el contenido esencial del ejercicio de la patria potestad -que, debe recordarse, se atribuye a ambos progenitores conjuntamente. Asimismo recoge en el auto una serie de insultos y vejaciones por parte de la progenitora al padre que califica como «una actitud de hostilidad y una falta de respeto inadmisibles».

El auto recalca la situación laboral de ambos progenitores. Mientras que el padre es «médico, con un trabajo fijo, bien remunerado y con flexibilidad horaria», ella «ha demostrado la nula intención de buscar trabajo». En el auto judicial a califica a Marbella como una «ciudad cosmopolita», que tiene, «todo tipo de infraestructuras» algo que «no ocurre», a su parecer, con «la pequeñísima población en la Galicia profunda a la que se ha trasladado la madre» con el niño. Motivos para retirar la custodia de la madre priorizado el interés superior del menor, ya que las medidas provisionales tienden a proteger los intereses personales y patrimoniales familiares más necesitados y la jueza considera que el cuidador principal del menor debe ser su padre (estableciendo el oportuno régimen de visitas y comunicaciones para la madre), quien tiene una mayor estabilidad a todos los niveles para poder atender mejor los intereses del niño, en Marbella como ciudad cosmopolita, que tiene todo tipo de infraestructuras, con todo tipo de colegios para poder educar a un niño, públicos o privados, con un buen Hospital, en el que, además, trabaja su padre como médico, lo que no sucede con la pequeñísima población en la Galicia profunda, a la que se ha trasladado la madre, lejos de todo, en la que ni siquiera la madre tiene opciones laborales; lo cual no significa que, en el procedimiento principal, pueda valorarse la procedencia de una custodia compartida.

**PRECEPTOS:**

Código civil, arts. 92.2, 94, 102, 103, 154 y 156.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), art. 2.

Ley Orgánica 3/2007 (para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), art. 4.

Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 748.4º y 771.

Constitución española, art. 39.

**PONENTE:***Doña María Belén Ureña Carazo.***JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 DE MARBELLA**

**Medidas Provisionales Previas 1034/2021****AUTO Nº 324/2021**

En Marbella, a 8 de octubre de 2021.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

En fecha 16 de septiembre de 2021, el Procurador de los Tribunales D. A. C. R., en nombre y representación de DON R. A. L., formuló solicitud de medidas provisionales previas a la presentación de la demanda, al amparo de lo dispuesto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), en relación con los artículos 102 y 103 del Código civil (en adelante, CC), frente a DOÑA L. C. P., al objeto de establecer una serie de medidas respecto a su hijo menor, XXXXXXXXXXXX.

**Segundo.**

Admitida a trámite la solicitud, en virtud de decreto de fecha 17 de septiembre de 2021, se convocó a las partes y al Ministerio Fiscal a la celebración de la preceptiva comparecencia ante el Juez el día 7 de octubre de 2021, a las 8:30 horas, tal y como establece el artículo 771.2 LEC.

**Tercero.**

Llegado el día señalado, comparecieron ambas partes, asistidas por sus respectivos Letrados, así como el Ministerio Fiscal. La Letrada de la parte demandada lo hizo por medios telemáticos, así como la propia demandada. Abierto el acto, una vez comprobada la imposibilidad de acuerdo entre los progenitores, fundamentalmente, por la actitud cerrada de la demandada, la Letrada de la parte actora se ratificó en su solicitud de medidas provisionales, reiterando que, si bien solicitaba, con carácter principal, la guarda y custodia exclusiva del menor a favor del padre, ofrecía, subsidiariamente, a la demandada la posibilidad de una guarda y custodia compartida del menor, pues no era intención del padre apartar al niño de su madre y entendía que debe estar con ambos progenitores, siempre y cuando la madre regresara a Marbella.

La Letrada de la parte demandada se opuso a tales medidas, rechazando cualquiera de las dos opciones, y reiteró las medidas expuestas en su escrito de fecha 27 de septiembre de 2021, entre ellas, la guarda y custodia del menor de forma exclusiva a favor de la madre, la fijación de una pensión por alimentos a cargo del padre por importe de 1.200 €/mes, en atención a la situación de desempleo de la madre y a los ingresos del padre.

A continuación, ambas partes y el Ministerio Fiscal propusieron los medios de prueba que estimaron pertinentes, que fueron estimados en su totalidad, practicándose seguidamente el interrogatorio de los progenitores. Tras lo cual, quedaron los autos pendientes de resolución.

**Cuarto.**

En la tramitación de las presentes medidas provisionales previas se han observado las prescripciones legales vigentes, con inclusión del plazo para dictar el auto, tal y como establece el artículo 771.4 LEC, en relación con lo dispuesto en el artículo 211 LEC.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

El artículo 771 LEC regula un procedimiento específico que permite al cónyuge que pretenda demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio la solicitud de los efectos y medidas que se contemplan en los artículos 102 y 103 CC, entre ellas, las relativas a los hijos menores, procedimiento aplicable a las parejas de hecho.

De la interpretación sistemática de los citados preceptos legales se desprende que la finalidad última de las medidas previas es la de solventar de forma rápida y provisional una serie de cuestiones relacionadas con la convivencia de los esposos (o pareja de hecho), los hijos y su custodia, el uso de la vivienda familiar y los problemas patrimoniales del matrimonio. Desde esta óptica, las medidas provisionales tienden a proteger los intereses personales y patrimoniales familiares más necesitados, amén de garantizar o modificar, en su caso, de forma provisional, la efectividad del cumplimiento de obligaciones contributivas de uno de los ex-conyuges (o progenitor) a favor del otro o de los hijos habidos en el matrimonio.

Asimismo, el principio rector que debe presidir siempre la adopción de las medidas relativas a los hijos menores es el interés superior del menor, consagrado en el artículo 39 de la Constitución española (en adelante, CE), el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en doctrina jurisprudencial consolidada. También el artículo 92.2 CC contempla la obligación del Juez de emitir una resolución motivada en el interés superior del menor cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores.

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”.

Por último, 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.

## **Segundo.**

En el presente supuesto, primordialmente, la medida controvertida es la forma de ejercicio de la guarda y custodia del hijo menor de la pareja, XXXXXXXXXXXX, que tiene en la actualidad 13 meses, en atención al desplazamiento el pasado día 3 de septiembre de la madre, junto al niño, a una parroquia llamada Torea, en el municipio de Muros, en la provincia de La Coruña, a 93 kilómetros de esta capital, lo que efectuó con la oposición expresa del padre, mientras que éste continúa residiendo en la localidad de Marbella (Málaga).

De la prueba practicada, consistente en el interrogatorio de ambos progenitores y en la documental aportada por éstos, han quedado acreditados los hechos siguientes:

1º. D. R. A. L., de 34 años, y Dª. L. C. P., de 30 años, han mantenido una relación afectiva durante 4 años, fruto de la cual ha nacido su hijo XXXXXXXXXXXX, nacido el día 26 de agosto de 2020, según consta en la certificación de inscripción de nacimiento en el Registro Civil de Marbella (documento nº 2 de la solicitud).

2º. Antes de que naciera su hijo, la pareja residía en Madrid, en la C/ XXXXXXXXXXXX, donde ambos trabajaban, el Sr. R. A. como médico en el hospital XXXXXXXXXXXXXXXX, con contrato indefinido, y la Sra. C., diseñadora de interiores, en la empresa XXXXXXXXXXXXXXXX. Sin embargo, la capital no les convencía para formar una familia, pues la Sra. C. es gallega y el Sr. R. A. es canario, de modo que, cuando al Sr. R. A. le ofrecieron un puesto de trabajo en el Hospital XXXXXXXXXXXXXXXX de Marbella, como médico XXXXXXXXXXXXXXXX, también de forma indefinida, ambos decidieron, meditada y consensuadamente, trasladarse a Marbella a vivir, en el año 2019, fijando ambos su residencia familiar, primero, en la C/ XXXXXXXXXXXXXXXX, y, posteriormente, en la XXXXXXXX de Marbella, en régimen de alquiler (se aporta el contrato de arrendamiento de fecha 1 de enero de 2020, suscrito por ambos progenitores, como documento IX de la nota de prueba de la actora).

3º. Al nacer XXXXXXXXXXXX, el día 26 de agosto de 2020, D. R. A., disfrutó de un permiso de paternidad de 4 meses, desde el mismo día de nacimiento del menor hasta el día 17 de noviembre de 2020, al que añadió un permiso adicional a la paternidad, entre el día 7 de junio de 2021 al día 1 de agosto de 2021, tal y como consta en el certificado expedido por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (documento III de la nota de prueba de la parte actora). 3º. En el verano de 2021 empezaron las desavenencias entre la pareja, así como las amenazas de la Sra. C. de marcharse con el hijo pequeño de ambos, XXXXXXXXXXXX, a Galicia, lo que se desprende claramente de los mensajes de WhatsApp aportados por ambas partes (documento nº 5 de la solicitud y documento nº 3 de la nota de prueba de fecha 7 de octubre de 2021), a los que más adelante nos referiremos.

4º. El día 3 de septiembre de 2021, Dª. L. C. cumplió finalmente sus amenazas y se marchó con el niño a Galicia, aún a pesar de la oposición reiterada y expresa de D. R. A., según consta en los correos electrónicos de los días 1 y 2 de septiembre de 2021 (documento nº 6 de la solicitud), así como en las denuncias interpuestas ante la Policía los días 2 y 3 de septiembre de 2021 (documentos nº 7 y 9 de la solicitud).

Asimismo, el Sr. R. A., ante la situación de impotencia que sentía, presentó en el juzgado una solicitud sobre medidas de prohibición de traslado de residencia a otra provincia del menor, que fue turnada al Juzgado de Primera

Instancia núm. 5 de Marbella, tramitándose como Jurisdicción Voluntaria 1076/2021, que fue admitida mediante decreto de fecha 3 de septiembre de 2021 (documento nº 8 de la solicitud).

5º. Durante el tiempo que duró la convivencia de la pareja en Marbella, la Sra. C. prestó sus servicios profesionales para diversas empresas, lo que se desprende del informe de vida laboral de la demandada (documento nº 1 de la nota de prueba de fecha 7 de octubre de 2021). Desde que nació su hijo no ha vuelto a trabajar, encontrándose actualmente en situación de desempleo.

6º. D. R. A., que ha continuado residiendo en la vivienda familiar, sita en Marbella, por la que paga una renta mensual de 950 €/mes, trabaja como facultativo especialista en el Hospital xxxxxxxxxx de Marbella, con un contrato fijo indefinido, un horario de 8 a 15 horas, en turno fijo de mañana, tal y como consta en el certificado de empresa aportado (documento IV de la nota de prueba de la parte actora) y un salario neto mensual de xxxxxxxxxx €, en el mes de julio de 2021, y xxxxxxxxxx €, en el mes de agosto de 2021, conforme a las nóminas aportadas (documentos nº 2 y 3 de la solicitud). A ello se añade que una vez cada dos semanas acude a una Unidad de Tráfico, al Hospital xxxxxxxxxx y al Hospital xxxxxxxxxx de Marbella y Fuengirola, según reconoció el mismo en la comparecencia. En total, en el ejercicio 2020 ha percibido unos ingresos brutos anuales por importe de xxxxxxxx €, lo que se desprende del modelo 190 de la AEAT tras la Consulta Integral de Patrimonio realizada por este juzgado.

### Tercero.

Pues bien, del anterior relato de hechos probados, se desprende que la decisión de la madre de trasladarse a una pequeñísima población de Galicia, llamada Torea, de tan solo 319 habitantes, junto al hijo común, XXXXXXXXXX, de escasa edad, es totalmente unilateral y no consentida por el padre, y se ha ejecutado por la vía de hecho, sin haber obtenido previa autorización judicial, bien mediante el artículo 156 CC bien mediante la presentación de una demanda de medidas paterno-filiales del artículo 748.4º LEC, con carácter previo al traslado a Galicia, sin dejar margen alguno al padre para poder consensuar, en su caso, el traslado de su hijo a Galicia, así como las medidas relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas, todo ello agravado con la gran distancia existente entre Marbella y Torea, la dificultad de comunicación entre ambas localidades y el coste de tiempo y dinero de los desplazamientos.

Es más, del análisis detallado de los mensajes de WhatsApp entre ambos progenitores entre el día 20 de agosto de 2021 y 4 de octubre de 2021, se desprende la actitud caprichosa, egoísta, inmadura, agresiva e irrespetuosa de la Sra. C., que no ha acreditado causa alguna que justifique el traslado del menor a Galicia, más allá de su mera conveniencia personal, anteponiendo sus propios intereses a los de su hijo, atribuyéndose el poder de decisión de la vida del menor como si éste fuera de su propiedad, prescindiendo absolutamente del padre del niño. Lo anterior podemos comprobarlo en las siguientes frases, tras las reiteradas y desesperadas súplicas del padre de que no se puede marchar con el niño: “es mi hijo”, “se viene conmigo”, “al niño lo he criado yo y como conmigo no va a estar con nadie”, “por el momento, durante los dos próximos dos años, mi trabajo será única y exclusivamente criar a mi hijo y cuidar de mi abuela”, “no hay nada que discutir”, “ya está hablado”, “y la decisión tomada”, “seguiré dos años más sin trabajar [...] hasta escolarizar a XXXXXXXXXX [...] y su casa va a ser mi casa [...] donde yo elija”, “no entiendo la obsesión con el no te consiento”, “nos vemos en los juzgados”, “no puedo compartir una custodia”, “cuanto antes lo aceptes mejor para todos”, “bajo ningún concepto quiero que xxxxxxxxxx ande de un lado para otro”, “vamos a ir a juicio para que te den un régimen de visitas”, “te suplico que no me ahogues más con los temas de la custodia”, “en principio vamos a vivir en Galicia. Quizá en madrid con los años. Pero ahora en Galicia”, “no quiero llevarlo a la guardería. Al menos por el momento. Puedo y quiero criarlo yo”, “lógicamente el niño tiene y va a estar conmigo”, “XXXXXXXXXX con su madre”.

Pero no queda todo aquí, la actitud de la Sra. C. hacia el Sr. R. A. es de una hostilidad y una falta de respeto inadmisibles, con insultos y risas fuera de lugar, ya no por ser una persona, que también, sino porque es el padre de su hijo, figura paterna que quiere eliminar de la vida del niño, como puede observarse en alguna de las frases siguientes: “¿tú no ves que eres tonto perdío?”, “HIJO DE PUTA. BUSCA ALGO BUENO. Que cualquier persona encontraría algo bueno en todo lo que hice maldito hijo del diablo. Que estás podrido por dentro”, “te van a caer hostias que no vas a ver venir. Y las vas a tener que encajar. La vida no es de puto color de rosas. Espabila R.. Por tu hijo. ESPABILA. Esto es la vida”, “TÍTERE. Saca cojones”, “eres pasado. Y nos vamos a matar en los juzgados”, “desaparece de bermas. Pero no nos jodas más. Púdrete en el puto infierno. Muérete. Desaparece. Haznos ese favor”.

Además, en los audios de WhatsApp la Sra. C. le dice al Sr. R. A. “voy a hacer lo posible (con mi hijo) para alejarlo lo máximo posible de tí”, “mi hijo no pinta nada absolutamente contigo”, “demasiado buena he sido contigo permitiéndote las videollamadas”, “el niño está bajo mi responsabilidad y no necesito ningún consentimiento”, “¿qué quieres hablar conmigo?”, “eres un auténtico hijo de puta”. Es más, incluso la Sra. C. llega a reconocer que estuvo planeando abortar.

En todas estas conversaciones, puede verse la desesperación del Sr. R. A., que no sabe cómo hacer para que la Sra. C. entienda que el niño es de ambos y que no lo puede privar de su padre, pero la actitud intransigente,

posesiva y fuera de la realidad de la demandada es “machacona” y constante, pues no entra en razón y ni siquiera se plantea una custodia compartida.

Por otra parte, debe significarse que, el día 9 de septiembre de 2021, el actor le recuerda a la madre que tiene que llevar al niño para la vacuna de los 12 meses (meningococo B, meningococo ACWY, sarampión, rubeola y parotiditis) y que el jefe de pediatría les dijo que “era la más importante, no se puede dar antes y no se recomienda retrasar porque retrasaría su calendario vacunal”. Posteriormente, el día 16 de septiembre el Sr. R. A. le volvió a preguntar a la Sra. C. que si le había puesto la vacuna al niño y ésta le dijo que no, que no había podido, que no tenía coche, a lo que el actor le dijo que podía coger un taxi. Aún así, el Sr. R. A. vuelve a insistir con el tema de la vacuna el día 21 de septiembre, la madre le dice que sí para luego desdecirse y decirle que no se la ha puesto aún porque no tiene coche.

Además, en este mes, la madre tan solo le ha permitido al padre unos minutos de videollamada por WhatsApp, como si le estuviera haciendo un gran favor y, cuando ha regresado a finales de septiembre a Marbella para hacer la mudanza, no ha querido traer al niño para que el padre pueda verlo.

En definitiva, el niño, por decisión irrevocable de su madre, se ha visto privado de poder continuar relacionándose con su padre, máxime teniendo en cuenta la importancia de los primeros años de la vida de un niño, en los que el contacto físico y la presencia de ambos progenitores es esencial para su correcto desarrollo emocional.

Esta decisión unilateral de la madre incide, pues, de pleno, en el contenido esencial del ejercicio de la patria potestad -que, debe recordarse, se atribuye a ambos progenitores conjuntamente-, cuyo contenido esencial es el de que los padres puedan velar por los hijos y tenerlos en su compañía, tal y como establecen los artículos 154 y 156 CC, que la madre parece ignorar, razón por la que pesa sobre los órganos judiciales el deber de velar porque el correcto ejercicio de esas potestades por sus padres se haga en interés del menor y no en función de los intereses exclusivos, por muy lícitos que sean, de los progenitores, y ello, aun en la consideración y reconocimiento de la titularidad de la madre del derecho fundamental a la libertad de residencia, que no abarca, sin embargo, el de decidir unilateralmente el de la residencia del hijo, primando, para el supuesto de colisión, el derecho cuyo contenido sea, en cada caso, digno de mayor valor o protección y éste no es otro que el del hijo menor a relacionarse con ambos progenitores, siendo ésta una de las principales maneras en que se satisface el superior interés del menor.

En consecuencia, en el presente supuesto, consideramos que el cuidador principal del menor XXXXXXXXXXXX debe ser su padre, quien tiene una mayor estabilidad a todos los niveles para poder atender mejor los intereses del niño, lo que ha demostrado desde el nacimiento del niño, pues ha estado con él, a tiempo completo, durante los permisos de paternidad disfrutados, durante 6 meses de los 12 meses de vida del menor. XXXXXXXXXXXX nació en Marbella, está inscrito en el Registro Civil de Marbella, la vivienda de Marbella, que fue alquilada por ambos progenitores, ha sido la de XXXXXXXXXXXX durante toda su corta vida. Marbella es una ciudad cosmopolita, que tiene todo tipo de infraestructuras, con todo tipo de colegios para poder educar a un niño, públicos o privados, con un buen Hospital, en el que, además, trabaja su padre como médico, y que, en definitiva, ofrece múltiples posibilidades para el adecuado desarrollo de la personalidad de un niño y para que crezca en un ambiente feliz. Lo que no sucede con la pequeñísima población en la Galicia profunda, a la que se ha trasladado la madre, lejos de todo, en la que ni siquiera la madre tiene opciones laborales, si bien ella misma ha demostrado la nula intención de buscar trabajo, pues pretende estar dos años criando a su hijo porque cuenta con la prestación económica de 1.200 € que le ha solicitado al padre, aún a pesar de que tiene 30 años, es diseñadora de interiores y debería intentar buscar una estabilidad profesional para poder atender las necesidades de futuro del menor.

El Sr. R. A. es médico, con un trabajo fijo, bien remunerado y con flexibilidad horaria, es un padre entregado, es una persona madura y estable emocionalmente, tiene un proyecto coherente de vida, es consciente de su responsabilidad como padre, ha demostrado tener habilidades parentales, así como una preocupación constante por el bienestar del menor, hasta el punto de que, a pesar de la deplorable actitud de la madre, ha ofrecido una custodia compartida por el bien del niño, así como pagar a la Sra. C. una cantidad generosa para que pueda instalarse en otra vivienda y buscar trabajo, lo que ésta ha rechazado. Además, el padre del Sr. C. está actualmente jubilado y pasa temporadas con él en Marbella, donde también residen su primo A., con su mujer y sus hijos, que le pueden echar una mano con XXXXXXXXXXXX. Por otra parte, el niño no es lactante, pues la madre le dio el pecho tan solo un mes.

No obstante lo anterior, debe significarse que esta decisión sobre la custodia de XXXXXXXXXXXX es la que se considera, en este momento, la más adecuada en atención al mejor interés del menor, lo cual no significa que, en el procedimiento principal, pueda valorarse la procedencia de una custodia compartida.

En este punto, hemos de terminar aludiendo a 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.

Si proyectamos esta idea al caso que nos ocupa resulta que no hay que dar por supuesto que una madre, por el hecho de ser mujer y haber parido a un hijo, esto es, por razones puramente biológicas, está más capacitada

o tiene cualidades o habilidades especiales para cuidar mejor a un niño, especialmente, si es de corta edad. De admitir esto estaríamos perpetuando el papel de la mujer en el modelo de la sociedad patriarcal, vigente durante tantos siglos, en el que su posición ha sido secundaria o subordinada respecto a la del hombre, por el mero hecho de ser mujer, esto es, en atención al sexo, lo que supone un sesgo de género.

#### Cuarto.

Una vez atribuida la guarda y custodia del menor XXXXXXXXXX de forma exclusiva a su padre, hemos de ocuparnos del régimen de visitas, comunicación y estancias a favor de la madre. A este respecto, debemos señalar que la madre, a preguntas de la Letrada del demandante sobre la fijación de un régimen de visitas, llegado el caso, en atención a la mejor organización de la Sra. C., no mostró la menor receptividad.

A este respecto, 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 redundaría 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, 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, si fuera el caso.

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 reintegra 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 por ambos progenitores en la proporción del 60 % por la madre y el 40 % por el padre, en atención a la situación laboral actual de la madre, con posibilidad de encontrar empleo, y la ausencia de gastos al vivir en casa de su madre en Galicia, amén de haber sido la responsable de haber propiciado esta situación familiar.

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 XXXXXXXXXXXX.

#### **Quinto.**

Una vez establecido el régimen de visitas, debemos ocuparnos de la pensión por alimentos para atender a las necesidades del menor, que se establece en el mínimo vital de 150 €/mes, conforme a la doctrina jurisprudencial establecida en la STS (Sala 1ª) núm. 184/2016, de 18 de marzo (Ponente: Baena Ruiz), que nos parece proporcional teniendo en cuenta, de un lado, la situación de desempleo actual de la madre, y, de otro lado, las necesidades del menor, de corta edad.

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

### **PARTE DISPOSITIVA**

ESTIMO las medidas provisionales previas a la demanda, solicitadas por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Cortés Reina, en nombre y representación de DON R. A. L., frente a DOÑA L. C. P., y, en consecuencia, ACUERDO:

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 de los menores, y a comunicarse las incidencias que afecten a éstos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente, en el supuesto de enfermedad.

2) La guarda y custodia del menor XXXXXXXXXXXX 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 xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

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.

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 reintegra 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 por ambos progenitores, en la proporción del 60 % por la madre y el 40 % por el padre, en atención a la situación laboral actual de la madre, con posibilidad de encontrar empleo, y la ausencia de gastos al vivir en casa de su madre en Galicia, amén de haber sido la responsable de haber propiciado esta situación familiar.

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 XXXXXXXXXX.

4) Como pensión de alimentos para el hijo menor, D<sup>a</sup>. L. C. P. abonará a D. R. A. L., dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150 €). El pago se realizará en la cuenta bancaria titularidad del Sr. R. A., cuyos datos deberá facilitar a la Sra. C. si ésta no dispusiera de ellos.

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) No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Se requiere a DOÑA L. C. P. para que reintegre INMEDIATAMENTE a su hijo menor XXXXXXXXXX al domicilio paterno sito en Marbella. Si, en el plazo de 3 días, a contar desde la notificación de la presente resolución, la Sra. C. no hubiera devuelto a XXXXXXXXXX a Marbella, se autoriza expresamente a D. R. A. L. para recoger él mismo al menor en el domicilio materno en Galicia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que, contra la misma, no cabe interponer recurso alguno, tal y como establece el artículo 771.4 LEC.

Líbrese la correspondiente certificación literal de esta resolución, que quedará unida a los autos, llevándose el original al libro correspondiente. Así lo acuerda, manda y firma, D<sup>a</sup>. MARÍA BELÉN UREÑA CARAZO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Marbella y su partido. -Doy Fe. -

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.