



Roj: **SAP MA 1434/2026 - ECLI:ES:APMA:2026:1434**

Id Cendoj: **29067370062026100309**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **11/03/2026**

Nº de Recurso: **238/2025**

Nº de Resolución: **266/2026**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJVM, Málaga, núm. 3, 12-10-2024 (proc. 36/2024),
SAP MA 1434/2026**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER NÚMERO TRES DE MÁLAGA.

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NÚMERO 36/2024.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 238/2025.

SENTENCIA 266/26

Il'tmos. Sres.:

Presidente:

Don José Javier Díez Núñez

Magistrado/as:

Doña Gloria Muñoz Rosell

Don Luis Shaw Morcillo

En la Ciudad de Málaga, a once de marzo de dos mil veintiséis. Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio verbal especial número 36/2024, procedentes del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Tres de Málaga, sobre disolución matrimonial por divorcio, seguidos a instancia de doña Petra, representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales don Pablo Zurita García y defendida por la Letrada doña Genoveva Barrientos González, frente a don Felipe, representado en esta alzada por el Procurador de los Tribunales don José Manuel Páez Gómez y defendido por el Letrado don José Conejo Ruiz; actuaciones procesales en las que habiendo intervenido el Ministerio Fiscal se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de sendos recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Tres de Málaga se tramitó juicio verbal especial número 36/2024, del que trae causa el presente Rollo de Apelación, en el que con fecha 12 de octubre de 2024 se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por doña Petra frente a don Felipe, debo acordar y acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ambos, con las medidas inherentes a aquella disolución y, en especial, las siguientes: 1º) El cese de la presunción de convivencia con revocación de cuantos poderes y consentimientos hayan podido otorgarse constante el matrimonio. 2º) Se atribuye a la

madre la guardia y custodia del hijo menor, Silvio, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al **extranjero**, salvo viajes vacacionales. b) Elección inicial o cambio de centro escolar. c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias. d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones) e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar del menor y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su hijo. 3º) No se establece régimen de visitas, estancia, ni vacaciones del hijo con el padre por los motivos expuestos en el fundamento Jurídico Tercero de la presente sentencia. 4) Se atribuye al hijo y al progenitor custodio, en este caso la madre, el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en la DIRECCION000, de Málaga capital por los motivos expuestos en el fundamento Jurídico cuarto de la presente resolución. Una vez que el menor y la madre se encuentren residiendo en dicha vivienda, los gastos de uso ordinarios, tales como agua, luz, gas o cuotas de comunidad ordinarias, serán de cuenta de la madre, mientras que de las cuotas de comunidad extraordinarias, así como del IBI, responderán ambos progenitores al 50% en concepto de cargas del matrimonio. 3º) Se fija como pensión alimenticia en beneficio del hijo la cantidad de 775 euros mensuales, 375 + más 400 euros mensuales (para el pago del 50% alquiler hasta que la vivienda la DIRECCION000 quede vacía de inquilinos), por lo que, en principio, y hasta se produzca tal hecho, la pensión alimenticia a abonar por el padre a su hijo Germán será de 775 euros, cantidad que se verá ampliada o disminuida en función del precio del alquiler que encuentre la madre. Una vez que la madre y el hijo ya se encuentre residiendo la vivienda de la DIRECCION000 la pensión alimenticia será de 375 euros. Y ello por los motivos expuestos en el fundamento Jurídico Quinto. Dicha pensión deberá abonar el padre por meses anticipados, en doce mensualidades y dentro de los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta que designe la madre o, en su defecto, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado. La citada pensión será actualizada con arreglo al IPC de 1 de enero de cada año. Igualmente, el padre deberá responder del 50% de los gastos extraordinarios, previa connivencia con la, entendiéndose por tales, entre otros, las actividades extraescolares y los gastos por asistencia médica no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado correspondiente, en su caso, más no los gastos relacionados con el colegio, entre ellos el material escolar, por entenderse incluidos éstos dentro del concepto de alimentos conforme a lo establecido en el Código Civil. Debe recordarse también a los progenitores que los gastos médicos urgentes y los gastos de farmacia no necesitan el consentimiento previo del otro progenitor, pero si tienen intención de reclamar el abono del 50% deberán aportar al correspondiente procedimiento de ejecución en su momento factura detallada y nombre del paciente a quien se le ha prescrito el medicamento. 4º) No ha lugar al establecimiento de una pensión compensatoria por desequilibrio económico favor de la madre por los motivos expuestos en el fundamento Jurídico Quinto. 6º) La disolución del régimen económico matrimonial. No ha lugar a realizar especial pronunciamiento en materia de costas".

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución interpusieron sendos recursos de apelación las representaciones procesales de las dos partes, oponiéndose cada uno de ellos a las fundamentaciones adversas, solicitándose por el Ministerio Fiscal la confirmación del fallo de primera instancia, emitido, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia, en donde al hacerse proposición probatoria y ser declarada la misma impertinente por auto de 26 de septiembre del pasado año, se señaló para deliberación del tribunal la audiencia del día de hoy, 11 de marzo, quedando a continuación conclusas las actuaciones para el dictado de sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia definitiva número 55/2024, de 12 de octubre, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Tres de Málaga en curso del procedimiento de juicio verbal especial número 36/2024, decreta la disolución del matrimonio contraído el 8 de agosto de 2018 entre don Felipe y doña Petra, atribuyendo la guarda y custodia del menor hijo, Silvio, nacido el NUM000 de 2017, a la progenitora materna, sin fijar régimen de visitas en favor del progenitor paterno, atribuyendo el uso y disfrute de la vivienda de DIRECCION000 de Málaga al menor hijo y progenitora materna custodia, e imponiendo a cargo del paterno en favor del hijo la



prestación alimenticia de 375 €/mes, junto con la adicional de otros 400 €/mes con finalidad del pago del 50% de la renta de la vivienda en alquiler hasta que la de DIRECCION000 quede vacía de inquilinos, todo ello junto con el 50% de los gastos extraordinarios, denegando como medida la pensión compensatoria por desequilibrio económico interesada por la esposa en su favor, extremo éste que no es objeto de debate en alzada ante la conformidad mostrada a la decisión judicial por la parte demandante, pronunciamientos aquéllos otros que vienen a ser impugnados en alzada mediante sendos recursos de apelación por las dos partes en contienda litigiosa, planteándose como cuestión preliminar a abordar la concerniente a la competencia de los tribunales españoles para conocer del asunto, controversia que el tribunal unipersonal de primer grado resuelve en el fundamento jurídico 2º de la sentencia apelada recogiendo que "(...) alega que ambos progenitores son **extranjeros**, (el tiene doble nacionalidad checa-francesa y ella checa), que celebraron el matrimonio en el **extranjero** y que hay un procedimiento abierto en los tribunales de Praga, procedimiento nº 301/2.023 del Tribunal Municipal de Praga donde se está dilucidando la custodia del menor, además de que en España estaban residiendo temporalmente hasta tanto el menor tuviera que comenzar sus estudios oficial (6 años) en Praga. De hecho, volvieron a Chequia ya que su hijo comenzaba los estudios y es cuando surgen las discrepancias entre la pareja que hacen que la madre se vuelven a España sacando al hijo ilegalmente de la República Checa. Pues bien, la competencia judicial **internacional** de los Tribunales Españoles está regulada en el artículo 3 del Reglamento 2021/2003 que fue sustituido por el Reglamento 2019/1111, aunque la competencia judicial en materia de divorcio no ha sido modificada. Conforme a dicho Reglamento, y en lo que al caso de autos respecta, el Juez competente es el del Estado miembro donde se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los mismos, siempre que uno de ellos aún resida allí. Resultando que el presente caso, ha resultado acreditado que tras seis años de matrimonio, durante el mes de agosto de 2023, mientras los cónyuges se encontraban de vacaciones en Chequia, se produjeron unas desavenencia que derivaron en el cese de la convivencia. El demandado interpuso un procedimiento en Chequia solicitando una medida cautelar que impidiera que la demandante pudiera regresar a la vivienda familiar en España con su hijo. Este procedimiento fue recurrido por la demandante a la que el Tribunal checo le dio la razón. Por otro lado, el domicilio que el demandado indicaba como domicilio familiar en Chequia era una vivienda propiedad de ambos cónyuges que ya habían vendido, por lo que no contaban con ningún domicilio en Chequia. Por ello es incierto la afirmación del demandado de que su último domicilio familiar fue en Chequia, simplemente porque este ya no existía, lo habían vendido. Además de ello, la demandante en ningún momento había accedido a volver a vivir en Chequia (todo ello consta en los autos nº 301/2023 del Tribunal Municipal de Praga, como lo acredita los documentos nº 4 y 4 bis de los aportados por la demandante), la cual, el día 2 de septiembre de 2.023 se traslado a la vivienda que constituía el domicilio familiar, sita en el DIRECCION001, donde la familia había residido durante los últimos 4 años, vivienda que era de alquiler y que el demandado rescindió. Todo ello consta acreditado con las declaraciones de las partes y la documental aportada. Por todo ello, y habiendo resultado acreditado que la vivienda familiar está en España, la competencia para el conocimiento de este caso corresponde claramente a los Tribunales Españoles, concretamente a los de Málaga, y más exactamente a este Juzgado de Violencia contra la Mujer, en atención a la competencia que le viene atribuida por la Ley al existir un procedimiento de violencia de género entre las partes. Por lo tanto, y en atención a lo expuesto, cabe desestimar la cuestión previa consistente en la falta de competencia territorial de este Juzgado, más bien falta competencia de jurisdicción de los tribunales españoles, formulada por el demandado (...)", respuesta judicial favorable al conocimiento del asunto por parte de los tribunales españoles frente a la que se alza en disconformidad la parte demandada planteando que la competencia del presente procedimiento, aplicando las normas de derecho **internacional** corresponde a los tribunales de Praga (República Checa), ya que como se hace constar de contrario en el hecho 3º de su demanda hay un procedimiento abierto en los tribunales de Praga procedimiento número 301/2023 del Tribunal Municipal de Praga, donde se está dilucidando la custodia del menor, y como se reconoce de contrario estaban residiendo en España temporalmente hasta tanto el hijo menor tuviera que comenzar sus estudios oficiales (a partir de los 6 años de edad) en Praga, de manera que, dice, el matrimonio volvió a Chequia con su hijo, ya que comenzaba sus estudios a partir de los seis años de edad y una vez establecidos en Chequia, es cuando se producen las desavenencias conyugales, dando lugar a denuncias cruzadas e interposición por parte del dcemandado procedimiento para la custodia de su hijo, siendo cuando la demandada decide volver a España, sacando ilegalmente a su hijo de la República Checa, como consta en el procedimiento de violencia de Málaga, diligencias previas número 973/2023, cuyo auto de sobreseimiento se aportó como documento número 2º de la contestación a la demanda, pactándose el contrato de arrendamiento de la vivienda en España por un año, desde el 1 de julio de 2022 al 1 de julio de 2023, ya que el matrimonio decidió volver a vivir en Praga y escolarizar a su hijo allí, de ahí la rescisión del contrato aportado de contrario, por lo que, en definitiva, dice, nos encontramos con una matrimonio checo, que deciden estar temporalmente en España unos años, manteniendo su residencia en Chequia, (como consta en la escritura de compra del estudio en Málaga. documento 13 de la demanda) hasta la escolarización oficial de su hijo en Chequia, y que, cuando ya están viviendo de nuevo en Chequia, la demandante decide que no se va a quedar allí y se vuelve a España

con su hijo incumpliendo una orden del tribunal de Chequia, por lo que sin perjuicio de la resolución del caso definitivamente en Chequia, lo que está claro es que su última residencia habitual fue en Praga (Chequia) y atendiendo a las normas de derecho **internacional**, la competencia corresponde en todo caso a los tribunales de Praga (Chequia), no siendo cierto, por lo tanto, que último domicilio conyugal fuese en el DIRECCION001, sino en Praga, obsérvese que en la escritura de compra del estudio para inversión del año 2022 (documento 13º de la demanda) se hace constar que el matrimonio es no es residente en España, que están casados bajo el régimen matrimonial legal supletorio de la República Checa, no residentes en España, residentes en la República Checa, domiciliados en Podvinny mlyn 2282/16, 190 00 Prague 9, República Checa, por lo que no son competentes los tribunales españoles, lo que daría lugar a la nulidad de actuaciones, tratándose de un matrimonio celebrado en la República Checa, donde el demandado tiene doble nacionalidad checa-francesa y la demandante nacionalidad checa, y el hijo de nacionalidad checa, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2 del Código Civil los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, es decir la ley checa y que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107, y que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo al Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituta, basándose la sentencia dictada en unos documentos expresamente impugnados y su traducción, también impugnada, realizada por la propia demandante, sin que conste en modo alguno la autenticidad e integridad de dicha traducción, lo que si es cierto que en Praga se siguen los autos número 301/2023 del Tribunal Municipal de Praga, que conoce con anterioridad a los tribunales españoles del procedimiento, por lo que la competencia debe ser de los Tribunales de Chequia y no de los Tribunales Españoles, ya que la decisión contraria que establece la sentencia impugnada, daría lugar a auténticas estafas procesales, al poder cambiar la competencia de un Estado de la Unión Europea, con tan solo plantear después una demanda en otro Estado, consiguiendo así burlar las normas de competencia **internacional**, como es lo acontecido en este caso, planteamiento de tesis éste que el tribunal de alzada no llega a compartir por cuanto que la decisión a adoptar acerca de la jurisdicción competente conocedora del asunto matrimonial litigioso se rige, como bien señala la juzgadora de instancia, por las normas contenidas en el Reglamento 2019/1111 (UE) del Consejo de 25 de junio (Bruselas II ter), a cuya virtud se le atribuye el conocimiento a los tribunales de la residencia habitual o del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno resida allí, cual se desprende, en esencia, de la documental aportada a las actuaciones, no solamente por las documentales 4ª y 4ª bis acompañadas al escrito rector iniciador del procedimiento del que trae causa este Rollo de Apelación, sino porque, además, la vivienda en Chequia a la que alude la recurrente figura como vendida el 2 de septiembre de 2023, quedando rastro documental de diversas actuaciones que afectan al menor hijo común en territorio español -documentos 7º y 8º-, de los que cabe extraer que el asentamiento del matrimonio en España no fue de tránsito, sino con propósito de permanencia constituyendo su domicilio en la localidad de El DIRECCION001 el último como residencia habitual, lo que implica estar en plena conformidad con atribuir la competencia del conocimiento del asunto de litis a los órganos jurisdiccionales civiles españoles, posibilitando así poder entrar en el estudio de las diversas medidas de orden personal y económicas que se suscitan en esta segunda instancia,

SEGUNDO.- Fenecida la oposición previa planteada de falta de competencia de los tribunales españoles al conocimiento del asunto, procede entrar en el análisis de la guarda y custodia del hijo matrimonial, actualmente de 8 años de edad, junto con la del régimen de visitas, medidas ambas sobre las que la juzgadora de primera instancia resuelve en su fundamento jurídico 3º que "(...) la misma ha de ser atribuida a la madre, al ser la misma la que se ha venido en su mayoría ocupando de el, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores, sin que quepa establecer ningún régimen de visitas ya que, ya que existente entre las partes un procedimiento penal vigente por violencia de género, en el que no se estableció régimen de visitas (auto de fecha 26 de diciembre de 2.023 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga), no estableciéndose tampoco régimen de vacaciones", a lo que añade "téngase en cuenta que el artículo 92.7 del Código Civil establece que "No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnizad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos" y que "tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica", a lo que añade que, "por otro lado, el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, para los mismos supuestos, preceptúa que "No procederá el establecimiento de un régimen de visitas o estancia, y si existiere se suspenderá, (...)", medidas adoptadas contra las que muestra disconformidad la demandada-apelante expresando que el demandado se encuentra denunciado e investigado por unos supuestos malos tratos siendo el riesgo policial asignado bajo, denunciando el automatismo en la adopción de la referida medida por parte del órgano jurisdiccional que excluye "ab initio" la posibilidad de fijar un régimen de custodia compartida sin posibilidad de practicar prueba alguna sobre dicha cuestión no admitiéndose toda la prueba propuesta por esta parte respecto a este particular como la solicitada en



demanda, en concreto, refiriéndose con ello a pericial a practicar por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado sobre los progenitores y el hijo menor al respecto de las relaciones paterno-filiales y de la custodia compartida solicitada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, todo ello en interés superior del menor, destacando al respecto que la parte demandante mediante su otrosí 2º digo de la demanda, no solo no se opone a un régimen de visitas, sino que facilita su domicilio entre padre e hijo, señalando literalmente que "notifica al demandado el cambio de domicilio del menor y se interesa por llevar a cabo las acciones que el Juzgado acuerde para que pueda producirse una efectiva comunicación o visitas entre padre e hijo" y que, justo antes de comenzar el juicio se estuvo intentando llegar a un acuerdo entre las partes para la custodia compartida, y el único motivo de discordia fue quién abonaba los gastos de los viajes de España a Chequia y la vuelta, pero, es más, en el acto de la vista la demandante reconoce que no tiene inconveniente alguno a que el padre pueda estar con su hijo, como consta en la videograbación en el interrogatorio de parte, y a pesar de todo ello y del consentimiento de la madre para que el padre pueda estar con su hijo, la sentencia lejos de tener en cuenta el interés del menor en la convivencia con sus padres, ni tan siquiera menciona el interés del menor en su sentencia, ni que la madre no pone inconveniente a la estancia del menor con su padre, lo que entendería daría lugar a la nulidad de la sentencia dictada, habida cuenta que el órgano jurisdiccional "ab initio" cercenó toda posibilidad de que pudiera practicarse prueba tendente a acreditar la conveniencia de la fijación de un régimen de custodia compartida o de visitas con las cautelas que fuesen necesarias evitando los daños psicológicos y de otra índole que una suspensión indefinida del régimen de visitas pueden provocar en el menor con la inexistencia de riesgo alguno para el menor que justificara la adopción de dicha medida tan drástica y radical que puede estar provocando unos irreparables perjuicios psicológicos al menor quien de la noche al día ha perdido el contacto con su padre y la familia paterna (abuelos y dos hermanos más, hijos del demandado), y a este respecto debe recordarse que la nueva redacción del artículo 94 del Código Civil introducida por Ley 8/2021 de 2 de junio ha sido interpretada por la sentencia 106/2022, recurso 5570/2021, del Tribunal Constitucional descartando su inconstitucionalidad sobre el argumento que el párrafo 4º del artículo 94 del Código Civil, carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visitas o estancia a ninguno de los progenitores, por lo que ha sido, en definitiva, la interdicción de automatismo en la aplicación de este precepto y la confianza en que el órgano jurisdiccional realizará una ponderación razonada de los intereses en conflicto a la hora de decidir si procede o no a la suspensión del régimen de visitas lo que ha salvado la constitucionalidad del referido precepto, resultando, sin embargo, que el órgano jurisdiccional cercenando la posibilidad de practicar prueba sobre esta cuestión y excluyendo "ab initio" del propio debate procesal la posibilidad de establecer un régimen de visitas a favor del padre inadmitiendo o no practicando la actividad probatoria propuesta por la parte demandada sobre dicha finalidad, ha realizado una interpretación y aplicación del referido precepto que solo puede calificarse de inconstitucional, y es que como razona el Tribunal Constitucional en la sentencia invocada es la autoridad judicial a quien corresponde tomar la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor, razonando que el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso, sino que el precepto faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH Saleck Bardi c. España) el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal; limitándose la sentencia impugnada a justificar la adopción de la medida en base a un razonamiento genérico de los de cortar y pegar artículos del Código Civil, por lo que, dice, que cuando se nos habla de la investigación de un posible delito de maltrato en el ámbito familiar lo cual resulta obvio, pues en caso contrario ni el Juzgado sentenciador resultaría el competente ni se plantearía la aplicación en este caso automática del artículo 94, la sentencia impugnada en los términos en los que se encuentra redactada suponen de facto la suspensión automática de los regímenes de visitas de los menores respecto de sus progenitores masculinos en los procedimientos de violencia contra la mujer sin una exposición y valoración razonada de las concretas circunstancias del caso y de los intereses en conflicto sobre todo cuando existen medidas menos traumáticas que permiten mantener el vínculo de los progenitores con sus hijos preservando la necesaria seguridad de los mismos y a estos efectos la resolución impugnada no ha tenido en cuenta (i) la necesidad de una adecuada y concreta valoración de los intereses en conflicto no viéndose satisfechas las exigencias de motivación de una decisión tan importante el empleo de fórmulas genéricas tales como que existe entre las partes un procedimiento penal por violencia de género, en el que no se estableció régimen de visitas. (ii) esa correcta valoración de los intereses en conflicto habría exigido igualmente tener en cuenta que la decisión adoptada de suspensión del régimen de visitas ha supuesto de facto el aislamiento de la menor respecto de toda la familia paterna y hermanos. (iii) la sentencia se limita a decir que existe entre las partes un procedimiento por violencia de género vigente y que en el mismo no se estableció régimen de visitas, debiendo

recordarse que las disposiciones del auto de protección en materia civil, como el derecho de visitas, tienen una vigencia de 30 días hasta que se interponga la demanda oportuna, pero una vez interpuesta la demanda es el juez que conoce de la misma quien tiene que razonar y motivar de alguna forma cual es el interés del menor, lo que no se hace en la sentencia impugnada, siendo en base a éstas, entre otras consideraciones, por la que si bien el Tribunal Constitucional ha declarado constitucional el artículo 94 bajo la interdicción del automatismo en su aplicación y confiando en la correcta ponderación de los intereses en conflicto por el órgano jurisdiccional, en la sentencia impugnada se realiza una aplicación manifiestamente inconstitucional de dicho precepto al no valorarse las concretas circunstancias del caso concreto procediendo a una aplicación automática del mismo bajo formulas y argumentos genéricos estereotipados previa cercenación de la facultad de proponer y practicar prueba por la parte demandada de dichos extremos, de manera que, añade, la sentencia dictada debería haber buscado soluciones al conflicto planteado que partiendo de la necesidad de evitar exponer al menor a situaciones de riesgo, que nunca han existido para el mismo, conciliara la necesidad que el menor no pierda el contacto con su familia paterna y hermanos, y se solicita y deniega el informe del equipo psicosocial del Juzgado, y a todo ello añade que en el acto de la vista del juicio se reiteró la solicitud de prueba del informe por el equipo psicotécnico del Juzgado sobre los progenitores y el hijo menor al respecto de las relaciones paterno filiales y de la custodia compartida solicitada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, todo ello en interés superior del menor, siendo así que el juez ni admitió ni inadmitió la prueba, sino que lo dejaba para un momento posterior si lo consideraba oportuno, a lo que formuló su oportuna protesta por indefensión, siendo así que ni ha sido admitida ni rechazada, la prueba solicitada, ni tampoco practicada para mejor proveer, dejando a esta parte huérfana de la misma y provocando autentica indefensión, proscrita por nuestra Constitución. Así las cosas, ante el planteamiento de la cuestión en los términos que se acaban de exponer, procede reseñar de inicio que todo alegato de indefensión padecido como consecuencia de la actividad probatoria pericial a la que se alude, carece al momento presente de consistencia a tenor de lo resuelto en auto de 26 de septiembre del pasado año 2025, al que se aquietara la parte demandada-apelante, de ahí que debamos pronunciarnos sobre ambas medidas (guarda y custodia y visitas) contando en exclusiva con el material que figura unido a las actuaciones y ello, se quiera o no, hace exigible partir de unas consideraciones doctrinales básicas que pasan por constituir la base del pronunciamiento a emitir en alzada, en concreto: 1º) Que, la solución ha de ser acoger la medida que mejor proteja el interés superior de la menor, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 señala que es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del Código Civil (artículo 92, 93, 94, 103.1, 150 y 170) y, en general cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, y su beneficio, la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales, lo que supone que al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores -T.S. 1ª S. 346/2016, de 24 de mayo-, debiendo, por tanto, atender en todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, a tal relevante presupuesto - T.C. SS. 178/2020, de 14 de diciembre, y 64/2019, de 9 de mayo, entre las más recientes-, y como dice la primera de las sentencias citadas, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos, pero dado el carácter de principio general, de "cláusula general" y "principio jurídico indeterminado" que puede atribuirse a la protección del interés del menor es preciso llenar su contenido, de ahí que en cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias, teniendo presente de manera conjunta, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, una serie de elementos generales, entre los que se encuentran, (a) la edad y madurez del menor, (b) la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante, (c) el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, (d) la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro, (e) la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, y (f) aquéllos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores, es decir, una lista abierta que permite considerar cualquier elemento que sea relevante en cada ocasión y respecto del menor



que se vaya a ver afectado por la medida, porque, en definitiva, el "interés del menor" es en cada caso y en cada situación el interés del concreto menor al que va a afectar la medida o decisión que se va a adoptar; 2º) Que, ciertamente desde el año 2013, el Tribunal Supremo viene aconsejando la conveniencia del régimen de guardia y custodia compartida; partiendo de que no debe ser contemplada como una medida excepcional sino más bien el régimen de custodia deseable que "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", en concreto, continuando con el sólido cuerpo jurisprudencial establecido por el Tribunal Supremo en esta materia, la guarda y custodia compartida es deseable ya que, (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 y, (d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia, y así, en concreto, dice, la sentencia número 337/2016, del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016, Ponente José Antonio Seijas Quintana, viene a reiterar la doctrina establecida años atrás conforme a la cual "(...) SEGUNDO El recurso se estima. La doctrina que dice proyectar sobre el caso nada tiene que ver con la expresada por esta Sala en numerosas sentencias, que la sentencia desconoce, sino la genérica que resulta de la cita de la normativa nacional e **internacional** sobre el interés del menor, con la que la sentencia es absolutamente incompatible y prácticamente inmotivada (cuatro líneas y media, como advierte el recurrente). En primer lugar, la sentencia no concreta el interés de la niña que va a verse afectada por la medida tomada, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración, a partir de la sentencia de 29 de abril de 2013 . La sentencia, además, petrifica la situación de la menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual amplía el régimen de visitas en favor del padre, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación de la menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (SSTs 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015). En segundo lugar, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel" (SSTs 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015). En tercer lugar, no se advierte un solo motivo negativo para privar a la hija de compaginar la custodia entre ambos progenitores, según resulta de la sentencia. Ambos se han implicado en el cuidado de la hija antes y después del divorcio y pueden seguir haciéndolo sin ningún problema tras la ruptura. 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" e, igualmente, en sentencia del Tribunal Supremo número 194/2018, de fecha 6 de abril de 2018, Ponente, Eduardo Baena Ruiz, se dice que "SEGUNDO.- Decisión de la sala. 1.- La sala viene reiterando (sentencia 296/2017, de 12 de mayo , y 442/2017, de 13 de julio , entre otras recientes) la bondad del sistema de guarda y custodia compartida (SSTs de 4 de febrero de 2016, 11 de febrero de 2016, 9 de marzo de 2016; 433/2016 , de 27 de junio). Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016 rec. 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). 2.- Consecuencia de lo expuesto es que se haya 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 artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos. Con el sistema



de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. e) 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. 3. - A partir de la bondad del sistema la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia. Este interés, que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel", y, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, número 495/2012, recurso 2964/2012. Ponente Seijas Quintana, José Antonio, expresa que "SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en la infracción del artículo 92.8 del Código Civil EDL 1889/1 y en la interpretación de esta Sala sobre que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, hay que acordar esta medida por cuanto es la mejor manera de proteger al menor. Cita también sentencias de Audiencias Provinciales en el mismo sentido y combate el razonamiento de la sentencia porque no se basa en razones objetivas y porque el informe pericial no descarta la guarda y custodia compartida, ni se han tenido en cuenta otras pruebas o circunstancias, como la cercanía al colegio de los niños y al domicilio de la madre, la jornada de trabajo y el régimen actual de visitas indudablemente amplio, todo lo cual debería suponer el cambio del régimen de custodia existente hasta este momento. El Ministerio Fiscal considera que resulta acreditada la existencia de interés casacional por oposición de la resolución impugnada a la doctrina jurisprudencial de esta Sala razón por la cual informó favorablemente a la estimación del recurso, como así va a ser. La sentencia de 29 de abril de 2013 EDJ 2013/58481 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC EDL 1889/1 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea". Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Pues bien, lo que la sentencia dice es que tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que "esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para Landelino y Edmundo, ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos", añadiendo que "para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores". La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos "tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos", sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre. Por consiguiente, como dice el informe del Ministerio Fiscal, "la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado". La solución aplicada en la resolución recurrida ha tenido en cuenta un solo parámetro, y no otros que aparecen como hechos probados, "imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, para aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de



condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos. TERCERO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia EDJ 2012/306046 y, con estimación de la demanda, se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación a los hijos de los litigantes por periodos de quince días durante los cuales cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, siendo los gastos extraordinarios por mitad. Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de los hijos y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, como la relativa a las vacaciones navidad y fin de año en las se procurará que los niños las disfruten de forma alternativa con uno y con otro progenitor. Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente" y, por último, en sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2012 se dice que "Todo régimen de custodia tiene sus ventajas e inconvenientes, no pudiéndose dar primacía a ninguno de ellos pues el modelo más adecuado es el que mejor se adapte al menor y a su interés.(...) Los criterios que se deben de valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por ésta Sala. Así, en la Sentencia de 8 de octubre de 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que "...el código español no contiene una lista criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo tomar la decisión sobre la guarda conjunta (...). Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultados de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada con una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicios de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda impidan el que se había acordado en un momento anterior", por tanto, se ha de comprobar (i) cuál es la interpretación de lo que es el interés del menor. (ii) cuál es el régimen deseable, y no excepcional, en cuanto al régimen de guarda y custodia de los menores concepto del interés del menor y, (iii) los motivos por los que el régimen de guarda y custodia compartida es el deseable; 3º) Que, como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de julio de 2004 "(...) el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificado el 30 de noviembre de 1990, B.O.E. de 31 de diciembre de 1990) que "los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno de los padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior", y la sentencia de 9 de julio de 2002 que "el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar", añadiendo a renglón seguido que "éste derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (sentencias de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992 y 22 de mayo y 21 de julio de 1993)", en tanto que, por su parte, el artículo 39 de la Constitución Española establece que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda, es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razón de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, siendo la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza matrimonial, no matrimonial o adoptiva, de tal manera que en los supuestos de crisis en las relaciones afectivas de los progenitores, uno de los aspectos de este derecho-deber se configura en el régimen de visitas respecto del progenitor no custodio, y así el artículo 94 del Código Civil reconoce en favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad, el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, derecho que es de contenido afectivo, no se configura como propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, siendo el interés de éstos siempre prevalente en la relación paterno-filial, no siendo desde luego un derecho incondicionado pues como hemos indicado se subordina al interés del menor, de todo lo cual se extrae como exégesis que en el caso de no apreciarse la concurrencia de circunstancias graves que aconsejen la restricción o limitación de las visitas, debe establecerse, y mantenerse, un régimen que facilite y potencie al máximo la relación paterno-filial pues para el interés de los hijos resulta beneficioso el contacto con los dos progenitores favoreciendo el desarrollo personal y social, a lo que procede



añadir, a más abundamiento de lo anterior, que el derecho llamado tradicionalmente de "visitas" constituye la continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, por lo que, consiguientemente, de esta forma estas visitas sólo pueden ser limitadas cuando se evidencie un peligro concreto y real para la salud física o psíquica del menor pues constituyen más un derecho del menor que del progenitor - T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993-, pronunciándose en tales términos el Pleno del Parlamento Europeo de 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad, en donde según la Cámara la suspensión o restricción del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya sea ejecutable al respecto; por tanto, sólo es posible la supresión del régimen de visitas, la restricción o la suspensión, en una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, cuando por circunstancia, aún no dependientes del progenitor no custodio, en el orden personal, familiar, psicológico, material, etc., no sea posible propiciar dicha comunicación personal entre aquellos y dicho progenitor no custodio en cuanto que dicha relación personal pudiera perjudicar o incidir negativamente en el desarrollo integral de los menores y, 4º) Por último, que en relación con el denunciado error judicial en la valoración del material probatorio, en términos generales, si bien es cierto que el recurso ordinario de apelación es concebido como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano "ad quem" conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito - T.S. 1ª SS. de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo de 1992-, se presenta como impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses - T.S. 1ª SS. de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 18 de febrero de 1992, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio y 7 de octubre de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003-, debiendo, por tanto, ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el/a juzgador/a incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica - T.S. 1ª SS. de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, entre otras-, de ahí que sea posible que dentro de las facultades que se concedan a Jueces y Tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, de lo que se colige que el uso que haga el juzgador/a de primer grado de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas haya de respetarse, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia - T.C. S. de 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994-, debiendo únicamente ser rectificado cuando en verdad sea ficticio, bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones, ponga de relieve un manifiesto y claro error del/a juzgador/a "a quo", bien de tal magnitud y diaphanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgos de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada, sin que a nadie escape que el recurso de apelación queda configurado como un juicio revisor sobre la ponderación probatoria y la aplicación del derecho realizada por el/la juzgador/a de instancia en orden a comprobar si ha cometido error en estos dos aspectos, sin que se trate, pues, de sustituir una valoración probatoria por otra, sino de comprobar si la ponderación realizada se aleja de las reglas de la lógica, de la experiencia o de los postulados científicos; más en concreto, de lo que se trata es de practicar comprobación sobre si el razonamiento fáctico y jurídico de la sentencia es absurdo, ilógico, arbitrario o manifiestamente erróneo, indicando la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2003 que por el recurso de apelación se traslada al órgano superior ante el que se interpone plena jurisdicción sobre el caso, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, y en desarrollando de esos expuestos conceptos, el Tribunal Constitucional en sentencias de 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre, indica que "(...) concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración" y en la sentencia número 55/2001, de 26 de febrero, enumera los requisitos que deben concurrir para apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva, en particular, que el error debe ser patente, es decir, "(...) inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia", por lo que de la interpretación de dicha jurisprudencia se deduce que no toda discrepancia respecto a la valoración probatoria realizada por el/a juez/a de instancia es subsumible en el concepto "error" de valoración que justificaría una sentencia revocatoria

en la segunda instancia, sino que el apelante ha de acreditar que la discordancia entre su apreciación de la eficacia probatoria de un medio de prueba y la del/a juez/a de instancia se debe a una equivocación de éste "patente, manifiesta, evidente o notoria", es decir, el/a juzgador/a de instancia y el recurrente ante la valoración de una prueba o de la fuerza probatoria de varias de ellas no se encuentran en una misma posición, de tal manera que sus conclusiones sean equivalentes y el tribunal de segunda instancia deba decidir cuál es la más correcta (que evidentemente puede hacerlo al ser concebida la apelación como un "nuevo juicio"), sino que el juez de instancia goza de una presunción de acierto en su razonamiento probático que el apelante ha de destruir, no solo manifestando su discrepancia con el mismo, sino demostrando que esa disparidad nace de una equivocación o error con las características antes apuntadas, o, dicho con otras palabras, al apelante, siempre que alegue error en la valoración de la prueba como fundamento de su recurso, se le debe exigir un "plus", acreditar que su discrepancia valorativa está fundada en una equivocación del juez patente, evidente y contraria a la lógica por absurda, lo que obliga a la parte recurrente a exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error -T.S. 1ª S. 161/2018 de 21 de marzo-, pues de lo contrario debe prevalecer el convencimiento al que ha llegado el juzgador de instancia, directrices éstas que no pueden desembocar en la aplicación, sin más, automáticamente, en una guarda y custodia compartida sobre el menor hijo común matrimonial, pues, como se viene diciendo, esta medida, junto con la de visitas, estancias y comunicaciones menor con progenitor no custodio, han de establecerse siempre y en todo momento atendiendo a la protección del interés del menor y en este orden de consideraciones sucede que la pretensión recurrente colisiona frontalmente al día de hoy con la normativa legal, por cuanto que el proceso judicial dimana de actuaciones por violencia de género en donde se dictó auto de 16 de diciembre de 2023 por el que se atribuyera (provisionalmente, eso sí) la guarda y custodia del menor a la madre y sin establecimiento de visitas en favor del progenitor paterno, junto con auto 582/2023, de 28 de diciembre, de orden de protección, por lo que ante tal coyuntura no parece procedente el establecimiento de una custodia compartida, máxime cuando nos encontramos en una situación en la que la demandante, progenitora materna, reside en España, en tanto que el demandado, paterno, lo hace en Chequia, inhabilidad absoluta, a lo que cabe añadir en cuanto al régimen de visitas, estancias y comunicaciones padre-hijo que si bien de las sentencias 106/2022 y 115/2024 ambas del Tribunal Constitucional se desprende que el hecho de que exista procedimiento de violencia de género no supone que no pueda establecerse régimen de visitas para con el menor hijo y, por otro lado, que la Sala Primera del Tribunal Supremo en auto de 11 de enero de 2023 plantea ante el Constitucional cuestión -de inconstitucionalidad- sobre la norma que al respecto se contiene en el artículo 92.7 del Código Civil sobre custodia compartida en tales casos, aun pendiente de pronunciamiento al día de hoy, la denegación de una y otra medida no puede calificarse de improcedente y contraria a la normativa legal, pues al momento actual se desconocen por el tribunal los factores positivos/negativos que puedan repercutir en esa relación, de manera que sin cerrar en absoluto esa vía restauradora que se considera inevitable y necesaria, de momento el tribunal no se pronuncia sobre la misma, sin que sea válido admitir el hecho de que la contraparte demandante no se opone a esos contactos, pues parece olvidarse que estamos en presencia de una medida en la que el principio dispositivo se encuentra limitado, rigiendo el de oficialidad y, por tanto, el tribunal no puede verse vinculado en su decisión a lo que convengan o puedan acordar las partes en relación con el menor.

TERCERO.- En cuanto al uso y disfrute de la vivienda familiar, se dispone por sentencia que "en atención a lo establecido en el artículo 96 de CC, ha de atribuirse al hijo y, en consecuencia, al progenitor custodio, en este caso la madre. Y puesto que la que la vivienda familiar que ocupaban en el DIRECCION001, era de alquiler y el demandado ha rescindido el contrato, resulta procedente y ajustado a derecho considerar como vivienda familiar la sita en la DIRECCION000, de Málaga capital, puesto que la vivienda de alquiler que tenían en el DIRECCION001 ya no la tienen. Y puesto que la vivienda sita en DIRECCION000 se encuentra alquilada, hasta que dicho contrato de alquiler siga vigente, la pensión alimenticia, necesariamente, deberá verse aumentada en los términos que luego se dirán para que quede cubierto del derecho de habitación del menor, lo cual se verá a continuación. Una vez que el menor y la madre se encuentren residiendo en dicha vivienda, los gastos de uso ordinarios, tales como agua, luz, gas o cuotas de comunidad ordinarias, serán de cuenta de la madre, mientras que de las cuotas de comunidad extraordinarias, así como del IBI, responderán ambos progenitores al 50%, en concepto de cargas del matrimonio", decisión que se combate con la demandada expresando que, como se dice de contrario, el matrimonio procedió de común acuerdo a la venta de un apartamento que tenían en propiedad en Praga, recibiendo cada uno de ellos la cantidad de 100.000 euros, si bien los cónyuges tenían su residencia habitual en Chequia, como declaran en la escritura pública de compra de un estudio para inversión que hicieron en Málaga, como consta en la escritura pública aportada de contrario (documento 13º de la demanda) el matrimonio adquirió en marzo de 2022 un estudio de 45 metros cuadrados construidos, incluyendo la parte proporcional de servicios comunes, que consta de un solo dormitorio, como inversión para dedicarla a alquiler vacacional y así, desde la compra, concertaron un contrato con AIRBNB para el alquiler vacacional del estudio y, posteriormente y como reconoce la demandante se alquiló a Constanza como vivienda, situación en la que se encuentra en la actualidad y a la que ha denunciado, según documento



19º de la demanda, siendo que el matrimonio jamás ha residido en dicho estudio, es más, en la propia escritura de compra (documento 13º de la demanda) se hace constar que el matrimonio no es residente en España, que están casados bajo el régimen matrimonial legal supletorio de la República Checa, no residentes en España, residentes en la República Checa, domiciliados en Podvinny mlyn 2282/16, 190 00 Prague 9, República Checa; dicho estudio se encuentra arrendado, por lo que carece de sentido, solicitar ahora la atribución a la demandante, cuando la misma tiene domicilio en el DIRECCION001, como ella misma demuestra (documento 18º de la demanda) y, además, la demandante le mandó varios mensajes a la inquilina, manifestándole que tan solo quería que la renta se la ingresara a ella directamente y no a través del demandado, que le ha venido transfiriendo el 50% de la renta del estudio menos los gastos, desde que lo compraron por lo que, en definitiva, lo que pretende la demandante es la administración de un bien adquirido proindiviso, para inversión, y quedarse con toda la renta que genera, sin que pueda servir en momento alguno de residencia habitual, ya que consta de un solo dormitorio, y que dicha administración no ha sido solicitada en momento alguno por la demandante, además que se tendría que ver en un procedimiento distinto, tesis impugnatoria que el tribunal no llega a compartir, por cuanto en recta interpretación del artículo 96 del Código Civil la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar se concede al menor hijo junto con el progenitor que se designe como custodio, en este caso, la madre, lo que conllevaría a que la ubicada en el número DIRECCION002 fuera asignada a la demandante e hijo, pero de la prueba practicada queda constancia de que el marido demandado procedió a resolver el contrato de inquilinato, lo que sitúa al menor en clara situación de vulnerabilidad habitacional lo que debe quedar solventado, bien con el incremento de alimentos por tal concepto, los 400 €/mes a los que nos referiremos posteriormente, bien a que la ocupación lo sea del inmueble del que los ex cónyuges ostentan la titularidad en Málaga, situación que no parece estar en desacuerdo con una interpretación proteccionista y amparador de los intereses del menor, sin que sea admisible atender al argumento que opone la recurrente de que con ello la demandante obtenga un doble beneficio económico, ya que la disposición judicial es clara, ocupación de la vivienda ubicada en Málaga capital o, en su defecto, contribuir a la prestación habitacional, de ahí que entendamos ajustado a derecho la medida adoptada-

CUARTO.- En lo que respecta a la pensión alimenticia a favor del hijo, se entiende en el fundamento jurídico 5º de la sentencia impugnada que "(...) según el artículo 142 del Código Civil, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como también la educación e instrucción del alimentista, y que la pensión de alimentos deberá establecerse en función de las necesidades del alimentista y de la capacidad económica del obligado a abonarla, esta Juzgadora, considera procedente el establecimiento de una pensión alimenticia a favor del hijo por importe de 375 euros mensuales más 400 euros mensuales (para el pago del 50% alquiler hasta que la vivienda la DIRECCION000 quede vacía de inquilinos, por lo que, en principio, y hasta se produzca tal hecho, la pensión alimenticia a abonar por el padre a su hijo Germán será de 775 euros, cantidad que se verá ampliada o disminuida en función del precio del alquiler que encuentre la madre. Una vez que la madre y el hijo ya se encuentre residiendo la vivienda de la DIRECCION000 la pensión alimenticia será de 375 euros (igual pensión alimenticia que abona a los otros dos hijos), para lo cual se ha tenido en cuenta los ingresos del padre, 3.500 dólares mensuales + otros plus o complementos, y las pensiones alimenticias que paga por los dos hijos de otra relación y que asciende a la suma de 750 euros para los dos menores. Además, el padre deberá responder del 50% de los gastos extraordinarios, previa connivencia con la, entendiéndose por tales, entre otros, las actividades extraescolares y los gastos por asistencia médica no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado correspondiente, en su caso, más no los gastos relacionados con el colegio, entre ellos el material escolar, por entenderse incluidos éstos dentro del concepto de alimentos conforme a lo establecido en el Código Civil. Debe recordarse también a los progenitores que los gastos médicos urgentes y los gastos de farmacia no necesitan el consentimiento previo del otro progenitor, pero si tienen intención de reclamar el abono del 50% deberán aportar al correspondiente procedimiento de ejecución en su momento factura detallada y nombre del paciente a quien se le ha prescrito el medicamento", dicho lo cual la parte demandada vuelve también a mostrarse en desacuerdo con la total cuantía fijada, invocando sí conformidad con la de 375 euros (igual pensión de alimentos que se abona a sus otros dos hijos) y no con los otros 400 euros para el pago del alquiler de una vivienda hasta tanto quede vacío el estudio de DIRECCION000, por las razones ya expuesta, ya que ni ha constituido jamás domicilio familiar ni es apto para constituir un domicilio familiar, al constar tan solo de un dormitorio, siendo así que se adquirió como inversión por ambos cónyuges, para alquiler vacacional, del que ambos reciben la mitad del alquiler menos los gastos, por lo que de mantenerse la sentencia la actora cobraría dos veces por dicho alquiler y por la pensión fijada para dicho alquiler, lo que es totalmente incongruente, controversia que nos reconduce a mantener que no cabe poner en duda que la ruptura de la pareja que formaban los progenitores litigantes, en modo alguno hace perder la relación de filiación, que a tenor de lo normado en los artículos 143, 144 y 145, todos ellos del Código Civil, da derecho al hijo/a a recibir alimentos de los padres y crea obligación a estos de prestarlos, en los casos en que así proceda, recordando en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001, seguida por las posteriores de 8 de noviembre de 2013 y 12 de febrero de 2015, que "la obligación de prestar

alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia" y, al mismo tiempo, que una cosa es la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad, dimanante de la parte potestad, generadora tanto de derechos como de obligaciones paterno-filiales (artículos 110 y 154.1 y concordantes), y otra muy distinta es la institución de los alimentos entre parientes (artículos 142 y ss.), que prescinde para su regulación de toda la noción de limitación de edad, sustentada en base a presupuestos tales como la relación conyugal o de parentesco, la necesidad del alimentista y la disponibilidad pecuniaria por parte del alimentante, teniendo su fundamento en la solidaridad familiar dentro de la escala fijada en el artículo 143 del Código Civil, de ahí que la norma constitucional, ex artículo 39.2 de la Constitución Española, distingue entre la asistencia debida a los hijos "durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", por lo que aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (artículo 154.1º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, artículo 145.3º- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (artículo 110), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados, disponiendo sobre este particular la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2002 que "una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimenticia, que determina que lo dispuesto los artículos 146 y 147 CC sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad (art 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se toman en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y la edad", siendo de evidencia incuestionable que al encontrarnos en presencia del primero de los supuestos conlleva que los alimentos son deberes incondicionales que se configuran con independencia de la mayor o menor dificultad económica que presenta el obligado, siendo pacífica la jurisprudencia que establece que la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de las circunstancias económicas y necesidades de los hijo/as en cada momento, sin que para su cuantificación se tome en consideración cuáles sean los ingresos que obtiene el progenitor custodio, como así tampoco puede considerarse como relevante la cuantificación resultante de las tablas alimenticias publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, dado que, aparte de tener naturaleza estrictamente "orientativas", debe añadirse a su computación el no menos importante componente de la "prestación habitacional". correspondiendo la determinación de la cuantía de los alimentos al prudente arbitrio del tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal, al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal - T.S. 1ª SS. de 2 de diciembre de 1970, 24 de marzo de 1976 y 16 de noviembre de 1978-, todo ello en plena correspondencia y consonancia con la doctrina anteriormente expuesta, facultad del juzgador de instancia que está informada por toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos, por el criterio fundamental del "favor filii", a que anteriormente nos referimos, y si bien la madre, progenitora custodia, también debe coadyuvar a la alimentación, educación y formación integral del hijo, no cabe operar en su cuantificación, bastando estar a los cuidados y atenciones que debe prestar al menor durante su tiempo de compañía, por lo que a efectos de la fijación de alimentos, lo que el artículo 146 del Código Civil tiene cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que puede disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del/os alimentista/s, puesta en relación, con el patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, bien atribuida al prudente arbitrio del tribunal sentenciador de instancia, y en éste ámbito es de resaltar que en cierta medida ya se ha dado contestación en el fundamento jurídico anterior, pues el demandado en su apelación no cuestiona la suma de 375 euros mensuales en equiparación con los otros hijos que tiene de relación diferente a la matrimonial tratada, pero parece olvidar que dentro de esa prestación alimenticia hay factor de primer orden a cubrir cual es el habitacional y el mismo queda desajustado cuando a madre e hijo se les rescinde el contrato de arrendamiento de la vivienda que era ocupada por el núcleo familiar, lo que implica deber responder a dar cobertura a esa necesidad imperiosa que se obtiene con la alternativa fijada judicialmente, gasto que suficientemente puede abonar el demandado a tenor de los ingresos que parece obtener, unos 3.500 dolares, cuanto menos.

QUINTO.- Por último, resta por examinar los motivos planteados por la parte demandante en disconformidad con el fallo judicial y a los que viene a oponerse la adversa demandada invocando estar presentado el recurso fuera del término de los 20 días hábiles establecidos legalmente, lo que conlleva recordar que el derecho a la tutela judicial, en cuanto es el poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la resolución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial, siendo conforme a ello que sean los Jueces y Tribunales los que han de otorgar la



tutela judicial efectiva, sin que se agote ese derecho fundamental en el acceso al recurso, al comprender el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, que formalmente versará sobre el fondo del asunto, de ahí que los órganos judiciales vengan obligados a aplicar, en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española, las normas reguladoras de las condiciones de acceso al proceso y aquellas que puedan comportar impedimento para que el accionante pueda obtener una resolución sobre el fondo, por lo que las formas y requisitos procesales, pese a su importancia para la ordenación del proceso, no pueden erigirse en obstáculos insalvables para su prosecución, lo que obliga a ponderar la entidad real del defecto, procediendo a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con dicha entidad y con la finalidad del requisito, de suerte que cuando esa finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes o derechos igualmente dignos de tutela, se permita la subsanación de los defectos en vez de cerrar el acceso al recurso -T.C. 2ª S. 263/1988, de 22 de diciembre-, pero siendo perfectamente factible que puedan limitarse Jueces y Tribunales a declarar la inadmisión del recurso en el caso de que no se den los requisitos legalmente establecidos, y así aunque el legislador goce de un amplio margen de libertad en esa materia, tales requisitos, que constituyen una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia -T.C. 2ª S. 46/1989, de 21 de febrero-, siendo de tener en consideración que dentro del artículo 24.1 de la Constitución Española queda comprendido el derecho a la utilización de los medios de impugnación y de las diversas instancias previstas en el ordenamiento jurídico, de suerte que el acceso al recurso de apelación, en los términos establecidos por la ley, constituye un instrumento procesal del que pueden servirse las partes para obtener la resolución judicial definitiva que garantiza el citado precepto constitucional -T.C. 2ª S. 199/1988, de 25 de octubre-, de tal modo que la decisión de inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, siempre que el juez haga aplicación razonable de la norma y que en todo caso la interprete en el sentido más favorable a la efectividad del comentado derecho constitucional -T.C. 1ª S. 59/1989, de 16 de marzo, y T.C. 2ª S. 180/1987, de 12 de noviembre-, doctrina ésta que proyectada sobre el caso en cuestión debe ofrecer una respuesta desfavorable a los intereses defendidos por la parte recurrente, por cuanto que la computación de los 20 días hábiles para recurrir en alzada, de conformidad con lo previsto en los artículos 133.1 y 151.2, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, finalizaría el 28 de octubre o, en su caso, el 29 siguiente como día de gracia de presentación de escritos, hasta las 15:00 horas, y se constata que la demandante-apelante hace presentación del escrito en esa fecha última, pero a las 19,18 horas, es decir, ya transcurridas las 15:00 horas, lo que conlleva el no tener por presentado en tiempo el recurso y, en su consecuencia su inadmisibilidad, no obstante lo cual a meros efectos dialécticos indicar que gran parte de los motivos sobre los que sustentaba su planteamiento han quedado perfectamente resueltos en los razonamientos anteriores, a los que cabe añadir que los referentes a la ejecutividad inmediata de pago, desalojo de la vivienda ocupada por tercera persona, suspensión de contrato de arrendamiento y embargo de pensiones alimenticias y alquiler, son medidas bien ajenas a tratar en el procedimiento especial matrimonial en que estamos o, en su caso, propias de solicitar en fase de ejecución y, por tanto, sobre las que el tribunal nunca procedería a pronunciarse.

SEXTO.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a la desestimación del recurso de apelación planteado por la parte demandada e inadmisión del presentado por la adversa demandante, dada la especial naturaleza del procedimiento en que estamos, no se lleva a cabo pronunciamiento en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Felipe, representado en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez, contra la sentencia de doce de octubre de dos mil veinticuatro, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Tres de Málaga en curso del juicio verbal especial número 36/2024, confirmando íntegramente la misma 2º) Inadmitir a trámite el recurso de apelación presentado por doña Petra, representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Zurita García, y 3º) No hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales en esta alzada por la desestimación del recurso de apelación presentado por la parte demandante, ni por la inadmisión del presentado por la parte demandante.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, siendo el plazo para su interposición, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este tribunal, el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.



Una vez alcance firmeza la presente resolución, devuélvanse las actuaciones originales, con certificación de la misma, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente, juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ