<Se admite la competencia territorial de los tribunales españoles en un asunto en el que la madre ha realizado un traslado ilícito de la menor desde Bélgica hasta España.

Se trata de un procedimiento de relaciones paterno-filiales.

Compensa al padre con un régimen de visitas amplio, pero en sus argumentos hace prevalecer el interés de la menor sobre la conducta de la madre con el referido traslado, considerando que prevalece los antecedentes de dedicación de la madre a la hija sobre la aptitud del progenitor para facilitar las relaciones con el otro. Y mantiene la validez de la resolución española, cuya nulidad reclama el padre por considerar que la jurisdicción Española es incompetente en el caso.>

Id. Cendoj: 15030370052011100102

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Coruña (A)

Sección: 5

Nº de Resolución: 80/2011

Fecha de Resolución: 25/02/2011

Nº de Recurso: 235/2010

Jurisdicción: Civil

Ponente: MANUEL CONDE NUÑEZ

Procedimiento: CIVIL

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PATERNIDAD

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00080/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 235/2010

Proc. Origen: 75/2009

Juzgado de Procedencia: Juzgado de 1ª Instancia 10 de A Coruña

Deliberación el día: 25 de enero de 2011

SENTENCIA Nº 80/2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

DAMASO MANUEL BRAÑAS SANTA MARIA

MARIA DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ

En A CORUÑA, a veinticinco de febrero de dos mil once.

En el recurso de apelación civil número 235/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 10 de A Coruña, en Juicio 75/2009, sobre Medidas Paterno Filiales, siendo la cuantía del procedimiento , seguido entre partes: Como apelantes-apelados DOÑA Juana , representada por la procuradora Sra. VAZQUEZ COUCEIRO Y DON Abilio , representado por la procuradora Sra. VALENCIA VALLINA y el MINISTERIO FISCAL.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL CONDE NUÑEZ.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña, con fecha 11 de noviembre de 2009, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Que estimo parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Vázquez Couceiro, en nombre y representación de Doña Juana , se acuerda la adopción de las siguientes medidas personales y patrimoniales para la menor Sandra :

1. Se atribuye la guarda y custodia de los menores a favor de la madre, si bien la patria potestad será compartida por ambos progenitores.

2. Se atribuye a favor del padre el siguiente régimen de visitas: Hasta que Sandra cumpla tres años el padre podrá estar en compañía de su hija un fin de semana al mes, ya que el mismo reside y trabaja en Bruselas, eligiendo el padre el fin de semana concreta, debiendo avisar con una semana de antelación, debiendo efectuarse dichas visitas en horario de 10,30 horas a 12,30 horas por la mañana y de 17 horas a 19,30 horas por la tarde, sábado y domingo, debiendo realizarse dichas visitas en el Punto de Encuentro Fonseca de la ciudad de A Coruña y sin que puedan salir del citado centro. Una vez que Sandra cumpla la edad de 3 años el régimen de visitas consistirá también en un fin de semana al mes, eligiendo el padre el fin de semana concreta, debiendo avisar con una semana de antelación, desde las 10,30 horas del sábado hasta las 19,30 horas del domingo, por lo tanto con pernocta, debiendo recogerse y devolverse a la menor en el punto de Encuentro Fonseca de la ciudad de A Coruña. Una vez que Sandra cumpla cinco años el régimen de visitas consistirá también en un fin de semana al mes, eligiendo el padre el fin de semana concreta, debiendo avisar con una semana de antelación, desde las 10,30 horas del sábado hasta las 19,30 horas del domingo, por lo tanto con pernocta, debiendo recogerse y devolverse a la menor en el punto de Encuentro Fonseca de la ciudad de A Coruña, así como la mitad de las vacaciones escolares de Verano, Semana Santa y Navidades, de tal manera que el padre podrá estar en compañía de su hija desde el Viernes de Dolores hasta el Miércoles, ambos inclusive, en los años pares, y desde el Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección, ambos inclusive, en los años impares; en las vacaciones de Navidad el padre podrá estar en compañía de su hija desde el día de comienzo de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre, ambos inclusive, los años pares, y del 1 de enero al 7 de enero en los años impares, ambos inclusive; en las vacaciones de verano el padre podrá estar en compañía de su hija desde el inicio de las vacaciones hasta el día 31 de julio en los años pares y desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar en los años impares. En todos los casos la recogida y devolución de la menor habrá de efectuarse en el Punto de Encuentro Fonseca de A Coruña.

3. El padre podrá estar en compañía de su hija el día del cumpleaños de ésta, durante dos horas por la tarde, de 17 a 19 horas.

4. El padre podrá comunicarse telefónicamente con su hija una vez al día.

5. Se establece la obligación del padre de abonar una pensión alimenticia de 500 euros al mes, que será ingresada por adelantado dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto señale la madre, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC o indicador que lo sustituya.

6. Los gastos extraordinarios que genere la menor han de ser sufragados por ambos progenitores por partes iguales, previo anuncio y justificación.

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

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DOÑA Juana Y DON Abilio que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 25 DE ENERO DE 2011, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña, de fecha 11 de noviembre de 2009 , acordó en su parte dispositiva la estimación parcial de la demanda presentada por la representación procesal de Doña Juana , con la adopción de las siguientes medidas personales y patrimoniales para la menor Sandra :

"1.-Se atribuye la guardia y custodia de la menor a favor de la madre, si bien la patria potestad será compartida por ambos progenitores. La anterior medida se adopta teniendo en cuenta que la madre ha sido la persona que siempre se ha encargado de la menor sin perjuicio de que el padre hubiese colaborado en tales tareas, dándose la circunstancia de que desde el mes de mayo el Sr. Abilio no ha estado con su hija, por lo que se estima más ajustado a los intereses de la menor que continúe bajo la guarda y custodia de su madre, ya que además el Sr. Abilio trabaja y reside en Bruselas y la Sra. Juana no trabaja y reside en A Coruña, con lo cual tiene más tiempo para dedicar al cuidado de su hija Sandra . No ha lugar al establecimiento de un sistema de custodia compartida, tal y como solicita el Sr. Abilio en su escrito de contestación a la demanda, ya que no concurren los requisitos exigidos por el art. 92 del Código civil , pues no existe acuerdo entre las partes ya que la petición ha sido realizada única y exclusivamente por la parte demandada, sin que cuente con el informe favorable del Ministerio Fiscal.

2.-Se atribuye a favor del padre el siguiente régimen de visitas, de conformidad con lo establecido en el art. 94 del Código Civil : Hasta que Sandra cumpla tres años el padre podrá estar en compañía de su hija un fin de semana al mes, ya que el mismo reside y trabaja en Bruselas, eligiendo el padre el fin de semana concreta, debiendo avisar con una semana de antelación, debiendo efectuarse dichas visitas en horario de 10,30 horas a 12,30 horas por la mañana y de 17 horas a 19,30 horas por la tarde, sábado y domingo, debiendo realizarse dichas visitas en el Punto de Encuentro Fonseca de la ciudad de A Coruña y sin que puedan salir del citado centro. Una vez que Sandra cumpla la edad de 3 años el régimen de visitas consistirá también en un fin de semana al mes, eligiendo el padre el fin de semana concreta, debiendo avisar con una semana de antelación, desde las 10,30 horas del sábado hasta las 19,30 horas del domingo, por lo tanto con pernocta, debiendo recogerse y devolverse a la menor en el Punto de Encuentro Fonseca de la ciudad de A Coruña. Una vez que Sandra cumpla cinco años el régimen de visitas consistirá también en un fin de semana al mes, eligiendo el padre el fin de semana concreta, debiendo avisar con una semana de antelación, desde las

10,30 horas del sábado hasta las 19,30 horas del domingo, por lo tanto con pernocta, debiendo recogerse y devolverse a la menor en el Punto de Encuentro Fonseca de la ciudad de A Coruña, así como la mitad de las vacaciones escolares de Verano, Semana Santa y Navidades, de tal manera que el padre podrá estar en compañía de su hija desde el Viernes de Dolores hasta el Miércoles, ambos inclusive, en los años pares, y desde el Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección, ambos inclusive, en los años impares; en las vacaciones de Navidad el padre podrá estar en compañía de su hija desde el día de comienzo de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre, ambos inclusive, los años pares, y del 1 de enero al 7 de enero en los años impares, ambos inclusive; en las vacaciones de verano el padre podrá estar en compañía de su hija desde el inicio de las vacaciones hasta el día 31 de julio en los años pares y desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar en los años impares. En todos los casos la recogida y devolución de la menor habrá de efectuarse en el Punto de Encuentro Fonseca de A Coruña.

3.-El padre podrá estar en compañía de su hija el día del cumpleaños de ésta, durante dos horas por la tarde, de 17 a 19 horas.

4.-el padre podrá comunicarse telefónicamente con su hija una vez al día.

5.-Con relación a la pensión alimenticia a favor de la menor, toda vez que la guarda y custodia del mismo ha sido atribuida a la madre, se establece que el padre habrá de abonar, de conformidad con lo establecido en el art. 93 del Código Civil , una pensión alimenticia de 500 euros al mes, que será ingresada por adelantado dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto señale la madre, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC o indicador que lo sustituya. La anterior pensión alimenticia se ha calculado en atención a la situación del padre, el cual trabaja en Bruselas percibiendo unos ingresos mensuales de unos 4.500 euros mensuales y ha de hacer frente, además a sus gastos ordinarios, a los generados por el hecho de que para realizar las visitas ha de trasladarse desde Bruselas a Coruña, con los gastos que ello conlleva de viaje y alojamiento. Por otro lado nada se ha acreditado en cuanto a las necesidades de la menor, por lo que ha de partirse que son los normales para una niña de casi 3 años, por lo que con la cantidad establecida se entiende que quedan suficientemente garantizados los derechos alimenticios de la menor en los términos previstos en el art. 146 del Código Civil , sin que proceda resolución alguna sobre las subvenciones familiares de la Comisión Europea ya que las mismas no están siendo abonadas.

6.-Los gastos extraordinarios que genere el menor han de ser sufragados por ambos progenitores por partes iguales, previo anuncio y justificación."

II.- Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Abilio , realizando, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1º) Falta de jurisdicción y competencia internacional de los tribunales españoles.

Tanto la Sra. Juana como Sandra , la hija común de las partes, tenía la residencia habitual en Bruselas al tiempo de la interposición de la demanda de guarda y custodia, y alimentos por parte de la Sra. Juana , lo que determina la falta de jurisdicción y de competencia de los tribunales españoles. Conviene

recordar que Doña Juana trasladó ilícitamente -dado que lo hizo unilateralmente y sin consentimiento del padre, cotitular de la patria potestad- la residencia de la menor de Bruselas a Coruña, por lo que los únicos tribunales competentes para conocer del fondo del presente caso eran y son los Tribunales de Bélgica. Ello se desprende tanto de nuestro ordenamiento jurídico como de lo establecido en el Reglamento de la CEE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 , relativo a la Competencia, el Reconocimiento, y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental, que es de aplicación preferente conforme al art. 36 de la LEC .

Cuando un menor sea trasladado ilícitamente de un estado miembro a otro estado miembro, el Reglamento establece que los órganos judiciales del Estado miembro de origen -Estado en el que residía el menor inmediatamente antes de la sustracción o traslado- sigan siendo competentes para decidir sobre la custodia a pesar de la sustracción. Es importante señalar que de conformidad con el Reglamento 2201/2003 se debe considerar que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular, sobre el lugar de residencia del menor. Como consecuencia de ello, el traslado de un menor de un Estado miembro a otro sin el consentimiento de la persona pertinente es una sustracción de menores de conformidad con el Reglamento.

El Juzgador de instancia declaró su competencia argumentando que en el momento en que se produjo el traslado de la menor Sandra de Bélgica a España, el Sr. Abilio no tenía atribuida la guarda y custodia de la hija común de las partes. Es evidente, que parte de una premisa errónea no sólo porque no tiene en cuenta la residencia habitual de la menor en el momento anterior a su traslado a España, sino también porque el juzgador a quo considera que al residir la menor con la Sra. Juana en Bruselas, ésta tenía la facultad de decidir unilateralmente el lugar de residencia de la menor, algo totalmente inaceptable, pues el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre la hija común de las partes, implica que ambos progenitores tienen la obligación de adoptar de común acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a la menor, entre las que se encuentran el cambio de lugar de residencia de la menor.

En definitiva, la inobservancia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña de la falta de jurisdicción y competencia española para conocer del procedimiento de relaciones paternofiliales del Sr. Abilio y la Sra. Juana , supone la vulneración del Reglamento 2201/2003 , de aplicación directa y preferente sobre el derecho interno. Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la LEC , se plantea nuevamente la falta de jurisdicción y competencia de los tribunales españoles para conocer del procedimiento de relaciones paternofiliales relativo a la menor Sandra , solicitándose de la Sala se dicte sentencia por la que se declare la falta de jurisdicción y competencia de los tribunales españoles, y, en consecuencia, se decrete la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña.

2º) No obstante lo anterior, y para el caso que la Sala no estime la anterior petición, se impugna el pronunciamiento relativo a la atribución de la guarda y custodia de la menor Sandra , que fue atribuida a la madre.

El juzgador a quo justifica la adopción de esta medida manifestando que: La madre ha sido la persona que siempre se ha encargado de la menor, sin

perjuicio de que el padre hubiese colaborado en tales tareas; que desde el mes de mayo el Sr. Abilio no ha estado con su hija; que el Sr. Abilio trabaja y reside en Bruselas y la Sra. Juana no trabaja y reside en A Coruña, por lo que tiene mas tiempo para dedicar al cuidado de su hija Sandra .

Se ha incurrido en error en la valoración de la prueba. En primer lugar, la única realidad es que desde el nacimiento de Sandra , el Sr. Abilio ha compartido con la Sra. Juana las labores y cuidado de su hija, ocupándose directamente de la menor. En segundo lugar, si desde el mes de mayo el Sr. Abilio no ha podido ver a su hija ha sido por las trabas impuestas por la Sra. Juana . Es evidente que lo único que pretende la Sra. Juana es anular a D. Abilio como padre, sin importarle el gran perjuicio que está causando a su hija, alejándola injustificadamente de su padre; y un progenitor, que ignora al otro de tal forma, ante la propia hija común, no puede y no debe ostentar la guarda y custodia de la misma.

3º) Para el supuesto de que la Sala no estimase la petición de atribución de la guarda y custodia de la menor Sandra , al Sr. Abilio se impugnan los pronunciamientos relativos al régimen de visitas fijado a favor del Sr. Abilio y el modo en que han de abonarse los gastos extraordinarios:

A) Régimen de visitas

La sentencia apelada impuso un restrictivo régimen de visitas, sin que exista motivo alguno para ello, tanto es así que dicha resolución no ha esgrimido ni un solo motivo que justifique las restricciones impuestas al régimen de visitas fijado a favor del padre. Lo más beneficioso para Sandra es tener un contacto amplio y fluido con sus dos padres para que crezca teniendo presente tanto la figura materna como la paterna. En consecuencia se solicita el siguiente régimen de visitas:

a) Durante los periodos escolares, D. Abilio tendrá a su hija consigo un fin de semana alterno de cada dos; desde el viernes a las 14,30 , o si estuviera en el colegio o guardería a esa hora, desde la salida del mismo hasta las 15,30 del domingo. Cuando exista una festividad escolar inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursa sus estudios la hija común, se considerará este periodo agregado al fin de semana , y, en consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana. D. Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

Igualmente el Sr. Abilio podrá disfrutar de la compañía de su hija cuando acuda a A Coruña, siempre que ello no impida la atención de la menor al curso escolar y su cuidado normal durante las tardes de todos los días que se encuentre en A Coruña desde las 18 hasta las 20 horas, y con el mismo horario el día de su cumpleaños (3 de abril).

b) Vacaciones de Navidad. El Sr. Abilio tendrá a su hija consigo la mitad de dichos periodos, correspondiéndole, a falta de otro acuerdo distinto entre los progenitores, el primer periodo de los años pares y el segundo de los años impares. El primer periodo corresponderá desde las 10 horas del primer día no lectivo hasta las 20 horas del día 30 de diciembre, y el segundo periodo corresponderá desde las 20 horas del 30 de diciembre hasta las 20 horas del último día no lectivo de la menor.

c) Vacaciones de Semana Santa. Las vacaciones de Semana Santa corresponderá por mitad a ambos progenitores, correspondiendo la primera mitad al Sr. Abilio en los años impares, la segunda en los pares. Dicho periodo

corresponderá desde las 10 horas del primer día no lectivo de la menor hasta el Miércoles de Ceniza a las 20 horas, y el Segundo periodo desde las 20 horas del Miércoles de Ceniza hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección.

d) Vacaciones de verano. Las vacaciones escolares de la menor serán disfrutadas por mitad, correspondiendo al Sr. Abilio , a falta de otro acuerdo entre las partes, el primer periodo en los años impares y el segundo en los pares. El primer periodo de las vacaciones de verano corresponderá desde las 10 horas del primer día no lectivo de la menor hasta las 20 horas del día 31 de julio, y el segundo periodo desde las 20 horas del día 31 de julio hasta las 20 horas del último día no lectivo de la menor.

e) En todo momento D. Abilio podrá comunicarse con su hija por escrito, teléfono, teléfono móvil, correo electrónico, SKype (lo que le permitirá ver a su hija diariamente) y cualquier medio análogo, con la frecuencia que quiera, siempre que se respete el horario escolar, de estudio y de descanso de la menor.

f) Para facilitar cualquier relación con la hija, cuando la menor se encuentre con uno de sus progenitores, fuera de su domicilio habitual, dicho progenitor comunicará al otro el lugar de tal estancia, así como el nº de teléfono de contacto.

B) Gastos extraordinarios.

Establece el juzgador de instancia en la sentencia que se recurre que "los gastos extraordinarios que genera la menor han de ser sufragados por ambos progenitores por partes iguales previo anuncio y justificación".

Se considera que el hecho de que el juzgador de instancia establezca la obligación del Sr. Abilio de abonar la mitad de los gastos extraordinarios de la hija común simplemente previo anuncio y justificación de la Sra. Juana hace que ésta puede tomar de manera unilateral cuantas decisiones afecten a la vida de su hija, sin consultárselo ni comunicárselo previamente al Sr. Abilio ; y si bien es cierto que muestra conformidad con abonar la mitad de los gastos extraordinarios futuros que acontezcan en la vida de su hija, también lo es que, previamente a que se devenguen dichos gastos, la Sra. Juana ha de recabar su consentimiento, o, en su defecto, solicitar la correspondiente autorización judicial.

III.- Contra la sentencia de instancia, también se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Doña Juana , realizando las siguientes alegaciones:

1º) El régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia no es el adecuado al interés de la menor, a la que pone en situación de peligro concreto de verse separada de su madre y del entorno familiar que conoce, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, y las circunstancias sobrevenidas tras la sentencia, que afectan directamente a la menor.

a) El Sr. Abilio ha solicitado y obtenido en Bélgica la guarda y custodia de la menor en sentencia de 20 de octubre de 2009 y ha obtenido el no reconocimiento en Bélgica de la sentencia de instancia que se recurre. Igualmente ha pretendido la ejecución y reconocimiento en España de la sentencia Belga, que fue denegada por Auto de 23 de diciembre de 2010 por incompatibilidad con la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009 dictada por el juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña . Por tanto la Sra. Juana ha obtenido el amparo de los tribunales españoles, en cuanto a la guarda y

custodia de la menor, y el reconocimiento de que su permanencia en España, conviviendo con la menor, es legal y conforme a derecho.

No obstante, el Sr. Abilio no acepta las resoluciones españolas, considerándolas ilegales, y que es él quien tiene la guarda y custodia de la menor, por cuanto solo las resoluciones Belgas son legales y respetuosas con la normativa europea. En congruencia con su actitud y sus creencias, no cumple la sentencia española, no ha solicitado la ejecución de la sentencia para poder acudir al Punto de Encuentro Fonseca y preconstituye pruebas para convencer a los tribunales Belgas de que Juana le impide las visitas y comunicaciones con la menor. La Sra. Juana siempre ha facilitado el contacto telefónico con la menor y las visitas, incluso fuera del Punto de Encuentro, antes incluso de que se hubiese dictado la sentencia de instancia, pero el Sr. Abilio, desde mayo 2009 interrumpió las visitas a Coruña.

La actitud del Sr. Abilio evidencia que su principal interés no es el bienestar de la menor, sino que su objetivo es que la menor y madre vuelvan a Bélgica para que la menor crezca en ese país; y está anunciando que como tenga oportunidad volverá con la menor a Bélgica, país en el que está amparado por resoluciones judiciales que le otorgan la guarda y custodia de la menor. Es palmario que cuanto tenga oportunidad se llevará a la menor a Bélgica, en cumplimiento de la sentencia Belga que si reconoce y considera conforme a derecho, y esta oportunidad se le brinda cuando la menor cumpla 3 años, momento a partir del cual podrá tener a la menor en su compañía durante dos días con pernocta, según la sentencia de instancia.

No es un temor infundado de la madre. No se está invocando una mera desconfianza, es un peligro cierto que el Sr. Abilio está anunciando. No se considera vinculado por las resoluciones españolas, no acepta la atribución judicial a la madre de la guarda y custodia, afirma ser el progenitor custodio y que para restablecer la legalidad internacional la niña tiene que volver a vivir a Bélgica como disponen las resoluciones belgas que a su entender son las únicas efectivas y respetuosas con la normativa en todo el espacio europeo. Por ello, en caso de conseguir trasladar a la menor a Bélgica, a su entender, estaría actuando conforme a derecho, y, una vez en Bélgica, se vería amparado por las resoluciones belgas ya dictadas y resultaría jurídicamente muy difícil obtener el retorno de la menor a España.

b) La menor, que aún no ha cumplido los 3 años, no tiene un trato intenso con su padre al que apenas conoce. Los lazos de afecto y dependencia los ha desarrollado y mantiene con su madre, con la que siempre convivió sola, tanto en Bélgica como en España. El Sr. Abilio solo visitaba a la menor en Bélgica, pero de forma esporádica y sin compromiso de visitas regulares. Fue siempre la madre la que atendió las necesidades diarias de la menor. Y, en España, si la sentencia de instancia le ha dado visitas una vez al mes, es porque el mismo manifestó en la vista que esa es la frecuencia con la que él podía y quería visitar a la menor en España, porque le supone mucho gasto el traslado.

Actualmente es la madre sola la que atiende las necesidades económicas de la menor. El Sr. Abilio no se ocupa en absoluto de su mantenimiento. Hasta Febrero de 2009 el Sr. Abilio contribuía a su mantenimiento con 300 euros al mes que ingresada en cuenta la madre, como quedó acreditado en autos, y la madre percibía las "alocaciones familiares" de la Comisión Europea como progenitor que tenía a su cargo a la menor. Pero,

desde entonces, hace ya un año, no solo no abona cantidad alguna para el mantenimiento de la menor, sino que se ha ocupado de que la madre y la niña dejen de percibir las "alocaciones familiares" que son una ayuda de la Comisión Europea para hijos de funcionarios europeos, de más de 700 euros al mes (que no se detraen del sueldo del Sr. Abilio , sino que se calculan en función del mismo), comunicando a la Comisión que Juana había secuestrado a la menor, lo que motivó que la Comisión suspendiese el pago de esa ayuda, hasta ahora. Esta actuación, nada tiene que ver con el interés de la menor, sino que es evidentemente perjudicial para ella.

c) Por este motivo, e invocando expresamente el art. 158 del CC , en interés del menor, para evitar perjuicios a la menor y que sea apartada de su madre, que es quien ostenta y debe ostentar su guarda y custodia, se solicita del tribunal que se prorrogue el régimen de visitas de la menor que la sentencia de instancia establece hasta que la niña cumpla 3 años, y se fije que las visitas del Sr. Abilio tienen que llevarse a cabo en el Punto de Encuentro Fonseca hasta que la menor cumpla 9 años, edad en la que la menor ya tiene suficiente juicio y autonomía, como para explicarse, ser oída y defenderse frente un posible traslado ilícito a Bélgica por parte del Sr. Abilio , así como que se prohíba la salida de la menor de España, sin autorización previa y escrita de su madre, como progenitor custodio, así como las medidas que se consideren adecuadas por el tribunal.

Todo ello, sin perjuicio de que las medidas establecidas en relación con la menor podrían variarse si las resoluciones belgas y españolas llegasen a ser conciliables, en vía de los recursos planteados en Bélgica o en la instancia que corresponda, y/o el Sr. Abilio se aviniese a reconocer, en interés de la menor, que su guarda y custodia corresponde legítimamente a la madre, y que su pretensión de que la menor viva en Bélgica, por encima de todo, incluso por encima del interés de la menor, por el simple hecho de que él es funcionario y vive en ese país, no es legítimo ni está amparado por la normativa europea que sanciona el secuestro internacional de menores.

2º) En cuanto a la pensión de alimentos, teniendo en cuenta los ingresos del padre, y que han sido suspendidas las ayudas de la Comisión Europea que venía percibiendo la madre al interponer la demanda, por acción directa del padre, como ha quedado acreditado en autos, y ha confesado el propio Sr. Abilio en trámite de interrogatorio, se solicita se establezca la cantidad solicitada en la demanda de 1100 euros al mes, o cuando menos se incremente hasta los 800 euros, teniendo en cuenta que el Sr. Abilio percibe unos ingresos mensuales de unos 5600 euros.

3º) La sentencia de instancia otorga a la madre la guarda y custodia de la menor Sandra pero omite todo pronunciamiento respecto al pago de las subvenciones familiares establecidas por la Comisión Europea. Por ello se solicita que se acuerde que las subvenciones familiares de la Comisión Europea sean pagadas a Doña Juana , como ha sido solicitado en la instancia.

IV .- En escrito de fecha 22 de junio de 2010, la representación procesal de D. Abilio alegó que la Corte de Apelación de Bruselas dictó sentencia el 17 de junio de 2010, declarando en la misma la competencia de los tribunales belgas y confirmando que la Sra. Juana cometió un secuestro de la menor Sandra , al trasladarle ilícitamente desde Bélgica -donde tenia su residencia- a España; aunque no obstante lo anterior, en la referida sentencia, se considera que en este momento lo mas beneficioso para la menor es que permanezca

con su madre, motivo por el cual ha otorgado la custodia de la menor a la Sra. Juana .

De lo anteriormente expuesto -se añade en el escrito- se desprende que los tribunales españoles carecían de jurisdicción y competencia para conocer del procedimiento de relaciones paternofiliales relativo a la menor Sandra , tramitado ante el juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña (autos 75/09), por lo que, de conformidad con el Reglamento CEE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 , relativo a la Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial, y de Responsabilidad Parental, el Juzgado nº 10 de A Coruña debería haber suspendido el procedimiento de relaciones paternofiliales hasta que la Corte de Apelación de Bruselas dictase sentencia.

Por ello se solicita -finaliza el escrito- que se dicte sentencia por la que se declare la falta de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Españoles y, en consecuencia, se decrete la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña en los autos 75/2009.

V.- En escrito de fecha 29 de julio de 2010, la representación procesal de Doña Juana realizo, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1º) Como de la lectura del fallo se deduce, el Tribunal Belga discrepa de la forma de aplicación del derecho, e interpretación del Convenio de Bruselas y su Reglamento, realizada por el Juzgador de Instancia, pero, sin embargo, en interés de la menor, y de conformidad con el Derecho Belga, otorga su guarda y custodia a la madre.

El Sr. Abilio se niega a admitir lo que los propios Tribunales Belgas le están diciendo, y pretende hacer valer sus deseos, incluso por encima del interés de la menor, para quien lo mejor es vivir España con su madre, con la que siempre vivió.

2º) La Sentencia de Apelación Belga no hace sino avalar las pretensiones de la Sra. Juana , y no dispone en absoluto la nulidad de todo lo actuado en España, ni que los tribunales españoles deben inhibirse en pro de los tribunales belgas. La sentencia, no se puede negar, contiene una crítica clara a los fallos españoles, pero también dispone, con claridad meridiana que, en cuanto al fondo del asunto (guarda y custodia de la menor) coincide plenamente con los fallos españoles, de forma que, aunque el asunto se hubiese discutido judicialmente en Bélgica, desde el principio, el resultado sería el mismo: Atendiendo al interés de la menor, su guarda y custodia corresponde a la madre.

VI. - La sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, Tercera Sala, de fecha 17 de junio de 2010, establece, en cuanto tiene interés para la resolución del presente asunto, en síntesis, los siguientes pronunciamientos:

1º) En lo que se refiere a la competencia del Tribunal para conocer del presente litigio en aplicación del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis: "En conclusión es pues con razón que el primer juez se declaró (internacionalmente) competente para pronunciarse sobre el fondo del derecho de custodia con arreglo al artículo 11 puntos 6 a 8 del Reglamento Bruselas II bis..."

2º) Por lo que se refiere a la atribución de la guarda y custodia de Sandra : "Dado que se ha establecido la competencia del tribunal, le corresponde, pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.7 del Reglamento Bruselas II bis, pronunciarse sobre la cuestión de fondo de la

guarda y custodia de la niña... El primer Juez confió el alojamiento principal de Sandra al Sr. Abilio -lo que implica la vuelta de Sandra a Bélgica- esta solución no parece corresponder al interés de la niña..... Se puede esperar que la atribución de la presente decisión de guarda y custodia de la pequeña Sandra a la Sra. Juana , permitirá aliviar el conflicto..."

3º) En cuanto al régimen de visitas... ".... La Sra. Juana , o en su defecto los órganos jurisdiccionales españoles en adelante competentes, tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre y de asignar a este último un derecho de visitas respetuoso con su lugar y papel de padre. El tribunal no comparte la opinión del primer juez relativo <<a la ausencia de posibilidades de contactos regulares y programados entre Sandra y su padre en España>>; a falta de Reglamento amistoso, los órganos jurisdiccionales españoles están en condiciones de garantizar esta posibilidad.... Por lo demás el tribunal considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los mas indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. Abilio"

SEGUNDO.- I.- **No procede declarar la nulidad de la sentencia de instancia que se interesa por la representación procesal de D. Abilio , con fundamento en que los tribunales españoles carecían de jurisdicción y competencia** para conocer del procedimiento de relaciones paternofiliales relativo a la menor Sandra , tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña con el nº 75/09 , teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1º) **Aún cuando sea dudoso** si era a los tribunales belgas o a los tribunales españoles a los que le correspondía la competencia para resolver el presente procedimiento de relaciones paternofiliales, -para lo cual es suficiente con leer los distintos escritos presentados por la parte demandante y demandada y por el Ministerio Fiscal, así como las diferentes resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 y por el tribunal belga- y aún cuando los tribunales belgas, y más en concreto, la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, Sala Tercera, de fecha 17 de junio de 2010, consideren que la competencia para conocer del presente litigio -al decir en el punto B que "el Sr. Abilio poseía pues, en pleno derecho, el derecho de custodia, respecto a la niña, según lo dispuesto en el art. 5 del Convenio de la Haya, y ejercer efectivamente este derecho en el momento del desplazamiento ilícito de la niña. En conclusión, es pues con razón que el primer juez se declaró (internacionalmente) competente para pronunciarse sobre el fondo del derecho de custodia, con arreglo al art. 11, puntos 6 y 8 del Reglamento Bruselas II bis" -les corresponde a los tribunales de ese país, no es menos cierto que, a pesar de ello, ni siquiera el Tribunal de Apelación de Bruselas considera que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10, objeto del presente recurso, sea nula -a pesar de que estima que la Sra. Juana desplazó ilícitamente a la pequeña Sandra a España en el mes de diciembre de 2008-, por cuanto se hace referencia en la sentencia del Tribunal de Apelación Belga en el apartado D), relativo a la atribución de la guarda y custodia de Sandra , que "la Sra. Juana -o en su defecto los órganos jurisdiccionales españoles en adelante competentes- tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre, y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y papel de padre. El tribunal no comparte la opinión del primer juez relativo <<a la ausencia de posibilidades de contacto regulares y profundas

entre Sandra y su padre en España>>; a falta de Reglamento amistoso, los órganos jurisdiccionales españoles están en condiciones de garantizar esta posibilidad. A este respecto, conviene constatar que la decisión española de 11 de noviembre de 2009 prevé que a partir de los tres años de Sandra (es decir a partir del 3 de abril de 2010), el Sr. Abilio podrá albergarla un fin de semana al mes, del sábado 10,30 al domingo 19,30; se trata de un derecho de visita limitado, pero que permitirá al menos restaurar los contactos actualmente interrumpidos entre Sandra y su padre; por otra parte, conviene recordar que el Sr. Abilio ha presentado un recurso a esta decisión y que este procedimiento está todavía pendiente...". Es decir la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 17 de junio de 2010 reconoce que el presente procedimiento continúa en trámite, no cuestionando su validez.

2º) En el mismo apartado D) de la sentencia del Tribunal Belga se dice que "el Sr. Abilio no formula solicitud relativa a derecho de alojamiento secundario o derecho de visita, respecto al niño, incluso con carácter subsidiario. Como mencionamos anteriormente, la decisión española de 11 de noviembre de 2009 - apelada por parte del Sr. Abilio - le concede un derecho de visitas de un fin de semana al mes. Por lo demás, el tribunal considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. Abilio , en aplicación del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis...."

Por lo tanto, al no pronunciarse los tribunales belgas sobre el derecho de visita del Sr. Abilio con su hija Sandra , de aceptarse la pretensión de declarar la nulidad de la sentencia de instancia, nos encontraríamos con que ningún tribunal, ni español, ni belga, regularía dicho régimen de visitas, con lo que se conculcarían al mismo tiempo tanto el derecho del padre a mantener relaciones con su hija menor, como los de ésta de crecer conociendo y conviviendo con su padre, a pesar de los problemas que se plantean con la distancia geográfica en que se encuentran el uno del otro.

II.- Es cierto que D. Abilio viene manteniendo desde siempre que la competencia para la resolución del presente procedimiento de Medidas Paternofiliales, y, en concreto, en lo relativo a la guarda y custodia de Sandra , hija menor de los litigantes, le corresponde a los tribunales belgas, y que, por tanto, al haberse pronunciado dichos tribunales en el sentido de atribuir la guarda y custodia de la menor Sandra a su madre Doña Juana , en principio, podría afirmarse que el Sr. Abilio tiene que estar de acuerdo con dicha decisión; sin embargo, no es menos cierto que, dada la situación actual del conflicto - tener que decidir los tribunales españoles sobre el régimen de visitas que le corresponde al Sr. Abilio con su hija menor- que hace innecesario que tengamos que pronunciarnos sobre la competencia ab initio de los tribunales de uno u otro país, entendemos que este tribunal -además de pronunciarse sobre el régimen de visitas, pensión alimenticia etc- debe también decidir, con anterioridad, sobre la guarda y custodia de la hija menor Sandra .

TERCERO. - La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña de fecha 11 de noviembre de 2009 establece en su fundamento de derecho primero que " se atribuye la guarda y custodia de la menor a favor de la madre, si bien la patria potestad será compartida por ambos progenitores. La anterior medida se adopta teniendo en cuenta que la madre ha sido la persona que siempre se ha encargado de la menor, sin perjuicio de que el padre ubiese colaborado en tales tareas, dándose la circunstancia de que desde el mes de

mayo el Sr. Abilio no ha estado con su hija, por lo que se estima más adecuado a los intereses de la menor que continúe bajo la guarda y custodia de la madre, ya que además el Sr. Abilio trabaja y reside en Bruselas y la Sra. Juana no trabaja y reside en A Coruña, con lo cual tiene más tiempo para dedicar al cuidado de su hija Sandra ..."

Por su parte la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 17 de junio de 2010 establece en el nº 2 Debate.- Apartado D-relativo a la atribución de la guarda y custodia de Sandra que "Dado que se ha establecido la competencia del tribunal, le corresponde pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.7 del Reglamento Bruselas II bis, pronunciarse sobre la cuestión de fondo de la <<guarda y custodia>> de la niña. Como observa con razón el Sr. Abilio , la decisión del tribunal puede implicar la vuelta de la niña a Bélgica.

El tribunal observa que sólo el Sr. Abilio pide, formalmente, que se le asigne la guarda y custodia de la niña, más concretamente el derecho a albergar principalmente a la niña en Bruselas. La Sra. Juana pide solamente por su parte declarar las demandas originarias del Sr. Abilio inadmisibles o al menos no fundadas.

Suponiendo que no se acceda a la solicitud del Sr. Abilio de atribuírsele la guarda y custodia de la niña, esto implica necesariamente la atribución de la guardia y custodia a la Sra. Juana .

El criterio determinante para pronunciarse, en el fondo, sobre la cuestión de la custodia de la niña es obviamente el interés de la niña.

El tribunal no tendrá en cuenta por lo tanto, en su valoración, el conflicto que opone a los padres de Sandra sobre cuestiones personales y aún menos de los divergentes puntos de vista oponiendo los órganos jurisdiccionales belgas y españoles sobre la cuestión de la vuelta inmediata de la niña.

El primer juez confió el alojamiento principal de Sandra al Sr. Abilio -lo que implica la vuelta de Sandra a Bélgica- considerando que era el único padre capaz de mantener a favor de la niña un doble vínculo, paternal y maternal, en particular, y que no había posibilidad de contactos regulares y profundos entre Sandra y su padre en España.

Previendo la hipótesis de la vuelta de la Sra. Juana a Bélgica con Sandra a raíz de su decisión, el primer juez dejó constancia al Sr. Abilio que aceptaba que la niña residiera una semana cada dos con su madre en Bélgica y previendo inicialmente, un alojamiento alternado de tipo 5/9.

La Sra. Juana no había puesto en conocimiento del primer juez el hecho de que se había casado en España el 11 de septiembre de 2009 con el Sr. Benito , ni el hecho de que esperaba a un segundo niño.

En el momento en que el tribunal resuelve, este segundo niño debe tener alrededor de 2 meses. Sandra , que vive con su madre en España desde el 17 de diciembre de 2008, vive actualmente en una familia compuesta por su madre, del marido de ésta y de su hemanastro/a.

Es evidente que en estas circunstancias, es ilusorio esperar que la Sra. Juana vuelva de nuevo a instalarse en Bélgica con Sandra ; la Sra. Juana no tiene más vínculos en Bruselas que el Sr. Abilio en La Coruña, si no es el apartamento del que es propietaria y sobre el que el Sr. Abilio efectuó un embargo preventivo.

Para volver de nuevo a Bélgica con la pequeña Sandra , la Sra. Juana debería por otro lado abandonar en España a su marido y eventualmente a su

segundo hijo, lo que no es una hipótesis factible. El marido de la Sra. Juana trabaja en La Coruña y no tiene por su parte no el menor vínculo en Bélgica; el matrimonio acaba de tener a un niño que desean ver crecer con toda probabilidad en España.

Ciertamente, el hecho de que la vuelta de la Sra. Juana a Bélgica parezca excluida no impide la vuelta de la pequeña Sandra a Bélgica, donde podría ser albergada principalmente por su padre, el Sr. Abilio .

En esta hipótesis sin embargo, está claro que habida cuenta de la distancia geográfica entre Bélgica y España, la Sra. Juana sólo podría, en el mejor de los casos, albergar a la niña durante algunos fines de semana y períodos de vacaciones prolongados.

Esta solución no parece corresponder al interés de la niña, por las siguientes razones:

- Sandra tiene actualmente solo tres años, siendo una edad donde la presencia y los cuidados maternos son esenciales por la necesidad de seguridad de un niño y a la constitución de referencias estables y equilibradas;

- desde su nacimiento, Sandra fue albergada principalmente por su madre, quien asumió la parte fundamental de los cuidados del niño; incluso si es innegable que, mientras tuviera la posibilidad el Sr. Abilio contribuyó a estos cuidados, por ejemplo conduciendo a la niña (con su madre) todas las mañanas a la guardería o acompañando a su madre y al niño al pediatra, queda claro que la Sra. Juana es el principal progenitor de referencia de la niña; el Sr. Abilio no prueba que se haya ocupado solo de Sandra ,; nunca ha vivido permanentemente con ella puesto que aunque las partes vivían en Bruselas, no deseaba cohabitar "a tiempo completo" con la Sra. Juana ;

- en España, Sandra vive actualmente en una familia compuesta de un matrimonio y de dos niños, lo que parece más propicio a su desarrollo social que crecer en Bruselas, en una familia monoparental compuesta por su padre solo asistido, llegado el caso, de su propia madre;

- Separar a Sandra del entorno maternal en el que vive ahora desde hace un año y medio, para encontrarse confiada, en otro país, a un padre con quien no vivió nunca, sin posibilidad de ver a su madre en otros momentos que durante los fines de semana y las vacaciones, implica un riesgo serio de grave traumatismo de la niña.

Como el primer Juez, y por los motivos que han sido expuestos de manera correcta y precisa por éste, tenidos por reproducidos, el tribunal considera que la Sra. Juana desplazó ilícitamente a la pequeña Sandra a España en el mes de diciembre de 2008.

Además de lo mencionado anteriormente acerca del ejercicio efectivo del derecho de custodia, parece evidente que el Sr. Abilio no había consentido ni estado de acuerdo en que la Sra. Juana se instalará definitivamente con el pequeño Sandra en España.

Basta leer para convencerse los correos electrónicos dirigidos por la Sra. Juana a la guardería de Sandra (además de los correos electrónicos mencionados anteriormente, p5, ver también el correo electrónico de 8 de diciembre de 2008 -parte III, 8 del expediente de Sra. Juana -en el cual la Sra. Juana escribió a la directora de la guardería <<Debido a la finalización de mi contrato el 17 de diciembre de 2008 mi hija no volverá a la guardería hasta el 12 de enero de 2009. Estará conmigo en España pero no puedo justificar mi

permiso porque estaré en el paro. Les ruego no me cobren los días en que mi hija estará ausente>>.

Esto demuestra que en principio, la Sra Juana solo tenía la intención de pasar en España las vacaciones de Navidad, como afirma el Sr. Abilio .

Teniendo en cuenta, en particular, lo que precede, está claro que la autorización no fechada, redactada en lengua francesa (mientras que las partes se comunicaban entre ellas en español), en la que el Sr. Abilio declara &&autorizo que mi hija viva con su madre, y que pueda registrarse con su madre>> no se había escrito manifiestamente para una instalación definitiva de la Sra. Juana con Sandra en España, sino, como lo afirma el Sr. Abilio para la administración municipal de Bruselas, con el fin de permitir a la Sra. Juana domiciliar a la niña con ella y de percibir así subsidios de desempleo europeos teniendo en cuenta un hijo a cargo.

Aunque, contrariamente al juez español, el tribunal considera el desplazamiento ilícito de la pequeña Sandra establecido en este caso concreto, no se puede sin embargo sancionar el comportamiento reprehensible de la Sra. Juana en detrimento del interés de la niña.

El Sr. Abilio , seguido en eso por el primer juez, mantiene aún que en el supuesto de que los padres vivan en diferentes países, el interés de la niña sería ver su alojamiento principal confiado al padre que parece tener mejor condiciones de respetar los derechos del otro padre, de respetar frente a la niña la imagen y el rol del otro padre.

El tribunal considera que es sólo uno de los aspectos del interés de la niña en tener en cuenta, y que en este caso concreto, este aspecto no puede prevalecer sobre otros elementos más fundamentales anteriormente mencionados.

Es exacto que desde el desplazamiento ilícito del niño, la Sra. Juana apenas se mostró preocupada por facilitar los contactos entre el Sr. Abilio y Sandra en España: como el primer juez ha observado, solicitó ante el juez español un derecho de visita muy limitado para el Sr. Abilio ; a ejercer exclusivamente en La Coruña y sin pernocta, hasta que Sandra haya alcanzado la edad de 9 años (como constata el propio Sr. Abilio -conclusiones de síntesis, p56- &&afortunadamente, el tribunal español no accedió a esta petición>>: se negó a comunicarle el número fijo de su lugar de residencia en España; se negó a instalar el programa "Skype" y una "Webcam"; no informó al Sr. Abilio sobre la evolución del niño durante un período de más de nueve meses, se negó a presentarle al niño el 30 de mayo de 2009, porque estaba enferma, lo que, a priori, no habría debido impedirle ver a su padre que se había desplazado de Bélgica a tal efecto.

Desde la entrega de la providencia de urgencia (belga) del 2 de junio de 2009, previendo un derecho de visita a ejercer un fin de semana al mes, en el punto de encuentro "Fonseca" de la ciudad de La Coruña, sin salida autorizada, el Sr. Abilio ya sólo pudo ver a Sandra brevemente los fines de semana del 29 al 31 de enero de 2010 y del 12 al 14 de febrero de 2010, en presencia de la Sra. Juana , a quien acompañaba, según él, de un "guardaespalda" intimidatorio (según la Sra. Juana se trataba de un "amigo".)

Se puede suponer que la actitud poco constructiva de la Sra. Juana se puede vincular con la escalada del conflicto entre las partes y con la multiplicación de los procedimientos judiciales tanto en España como en Bélgica, y que fue dictada en gran parte por su temor a ver el Sr. Abilio llevarse

a la niña con él a Bélgica, a falta de marco donde ejercer el derecho de visita. Se puede razonablemente esperar que la atribución por la presente decisión de la guarda y custodia de la pequeña Sandra a la Sra. Juana permitirá aliviar el conflicto, y que la Sra. Juana - o en su defecto, los órganos jurisdiccionales españoles en adelante competentes -tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y su papel de padre.

El Tribunal no comparte la opinión del primer juez relativo & a la ausencia de posibilidades de contactos regulares y profundos entre Sandra y su padre en España& a falta de Reglamento amistoso, los órganos jurisdiccionales españoles están en condiciones de garantizar esta posibilidad.

A este respecto, conviene constatar que la decisión española de 11 de noviembre de 2009, prevé que a partir de los tres años de Sandra (es decir, a partir del 3 de abril de 2010), el Sr. Abilio podrá albergarla un fin de semana al mes, del sábado a 10h30 al domingo a 19h30; se trata de un derecho de visita limitado, pero que permitirá al menos restaurar los contactos actualmente interrumpidos entre Sandra y su padre; por otra parte, conviene recordar que el Sr. Abilio ha presentado un recurso de esta decisión y que este procedimiento está todavía pendiente.

Por lo que se refiere a los contactos telefónicos, no es descabellado pensar que si la Sra. Juana se mostró hasta ahora reticente a la hora de comunicar al Sr. Abilio un número de teléfono fijo o a permitirle comunicar con Sandra por medio de una "webcam" es probablemente porque no vivía con sus padres, sino con su -futuro- esposo.

Dado que actualmente se clarificó la situación, se puede esperar que la Sra. Juana demostrará más flexibilidad o que el juez español estará atento al deseo legítimo del Sr. Abilio de conservar estrechos vínculos con su hija a pesar de la distancia que lo separa de ella.

Por último, el Tribunal desea precisar que la denegación de la atribución del guarda y custodia de Sandra al Sr. Abilio no significa que este último no sería un buen padre o no dispondría de las capacidades educativas requeridas para ocuparse de la niña.

Es evidente que desde el nacimiento de la niña -y a pesar de la actitud negativa que había adoptado antes de ésta -el Sr. Abilio se comprometió en su papel de padre: las numerosas fotografías aportadas a los debates lo muestran dando el biberón o el baño de la niña, durmiendo o jugando con ella, acariciándola--- como todo padre que quiere a su hijo. Visitó frecuentemente a la niña durante la baja por maternidad de la Sra. Juana en España, aun trabajando, pasó vacaciones con la Sra. Juana y la niña; cuando la Sra. Juana vuelve de nuevo a Bélgica, desde septiembre de 2007 hasta diciembre de 2008, veía casi diariamente a la niña, incluso si no vivía permanentemente con la Sra. Juana , puesto que la acompañaba casi todas las mañanas a la guardería.

Se desprende de lo que precede que las solicitudes tanto principal como subsidiarias del Sr. Abilio tener la guarda y custodia de Sandra en Bélgica deben declararse no fundadas, y que por consiguiente, no hay por qué pedir la vuelta de Sandra a Bélgica; hay que cambiar por tanto la decisión tomada con anterioridad sobre estos puntos.

El Sr. Abilio no formula solicitud relativa a un derecho de alojamiento secundario o "derecho de visita" respecto al niño, incluso con carácter subsidiario.

Como mencionado anteriormente, la decisión española de 11 de noviembre de 2009 -apelada por parte del Sr. Abilio , le concede un derecho de visita de un fin de semana al mes.

Por lo demás el tribunal considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. Abilio , en aplicación del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis"

Teniendo en cuenta todas las circunstancias que se relatan en la resolución del Tribunal Belga, así como las razones expuestas por la sentencia de instancia, que la menor Sandra está próximo a cumplir 4 años y que desde su nacimiento ha vivido en compañía de su madre, no se le presenta ninguna duda a este tribunal de que la guarda y custodia de la menor debe ser atribuida a su madre Doña Juana .

CUARTO.- I.- Como ya decíamos, entre otras, en nuestras sentencias de 1 de junio y 13 de julio de 2006 , 18 de enero de 2007 y 9 de octubre de 2008 , el principio rector para la solución de los conflictos personales en materia de derecho de familia, y en especial para la adopción de medidas que afecten al cuidado y educación de los hijos, ha de ser el de "favor filii", conforme al cual debe procurarse, ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores. Este principio de protección integral y preferente de los hijos menores constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92, 96 y 103, entre otros, del Código Civil , que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia, y aparece proclamado en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989 , ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92), así como en los arts. 2 y 11.2ª) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero 1996 de Protección Jurídica del Menor .

En particular, el derecho a relacionarse y comunicarse los hijos con los padres u otros parientes y allegados, también llamado derecho de visita, regulado en los arts. 94,160 y 161 del CC , debe ser concebido, más que como una facultad en beneficio exclusivo de éstos, como una función o derecho-deber que ha de ser ejercitada atendiendo a ese interés superior de los hijos, al igual que la patria potestad misma, de la cual dimanen todas las medidas de la sentencia de separación o divorcio relativas a los hijos menores, aún cuando aquélla tiene una entidad y fundamento jurídico autónomo e independiente de ésta (art. 160, párrafo primero, CC), siendo su finalidad primordial proteger y fomentar la relación humana y afectiva de los menores con los padres y sus más cercanos parientes o allegados, procurándoles la formación y el desarrollo integral que su personalidad necesita. Esta función tuitiva del derecho de visita, en beneficio de la formación e integración familiar y social del menor, también ha sido señalada por la jurisprudencia, que,

además de proclamar que no debe ser objeto de interpretación restrictiva y que sólo debe ceder en caso de darse un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (SS TS 30 abril 1991 , 19 octubre 1992 , 21 julio 1993 y 9 de julio 2002), reconoce el Juez amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación más conveniente al menor en cada caso y momento concreto, sin carácter definitivo (SS TS 22 de mayo 1993 y 17 de septiembre de 1996), y sin someterse a los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil (art. 91 cc y 216, 751 y 752), afirmándose en concreto el carácter favorable que para dicha formación y desarrollo presenta la inserción del menor en su entorno familiar completo, a través de la relación personal con los abuelos, e incluso pernoctando con ellos (SS TS 7 abril 1994 , 11 junio 1996 , 11 junio 1998 , 23 noviembre 1999 y 20 septiembre 2002).

La pretensión deducida por el padre apelante dirigida a la ampliación del régimen de visitas establecido entre el recurrente y su hija menor de edad, debe ser atendida, teniendo en cuenta el principio ya mencionado, elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del "favor fillii". El reducido régimen de visitas establecido entre el padre y la hija menor, no se fundamenta en causa alguna; y si bien es cierto la importancia de la función del maternaje en los primeros años de vida para el adecuado desarrollo psicológico de la menor, no es menos cierto que también juega un papel importante en dicho desarrollo la figura paterna, por lo que si se establece un régimen de visitas tan restrictivo como el que señala la sentencia apelada, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente asunto -la hija menor reside en Coruña con su madre quien se ha casado y tiene otro hijo, y el padre vive en Bruselas -el padre se convertiría en un simple "visitador", lo que no se puede permitir, pues si bien es posible e incluso lógico y natural que el esposo de la madre de Sandra -que tienen un hijo en común- asuma el rol de padre al formar entre todos un grupo familiar, ello no puede significar -y precisamente con más motivo debe establecerse un régimen de visitas amplio- que la menor Sandra no conozca quien es su padre y que el padre no pueda disfrutar de la compañía de su hija, cuando es él quien tendrá que realizar y pagar los viajes desde Bruselas a Coruña para ver a su hija. A ello debemos añadir que también hay que tener en cuenta que la imposibilidad de que el Sr. Abilio pueda ver a su hija con más frecuencia, incluso durante la semana, viene producido por la decisión de la madre de trasladarse desde Bruselas a Coruña, decisión que aunque sea comprensible -sobre todo después de casarse en esta ciudad y tener otro hijo- no era obligatoria y, por lo tanto no puede traducirse en una limitación, mayor del que supone ya de por sí la larga distancia, del derecho de visitas del padre no custodio.

Por los motivos expuestos se acuerda conceder al Sr. Abilio el régimen de visitas que ha solicitado, que hemos recogido en el fundamento de derecho primero, apartado II 3º A.

II.- La recogida y entrega de la hija menor Sandra , sin perjuicio de cualquier acuerdo en otro sentido al que llegen las partes, se producirá en el domicilio en que vive la menor, al no existir ninguna razón para que ello se produzca en el Punto de Encuentro.

III.- Con el fin de favorecer la mayor relación entre padre e hija, procede aceptar la solicitud del Sr. Abilio de que podrá comunicarse con su hija por escrito, teléfono móvil, correo electrónico, siempre que se respete el horario

escolar, de estudio y de descanso de la menor. Por ello se establece la obligación de Doña Juana de instalar los aparatos electrónicos necesarios para que d. Abilio pueda hablar y ver a su hijo a través del ordenador. De no acordarse así, el Sr. Abilio, ante la imposibilidad de ver a su hija con más frecuencia dada la lejanía de los domicilios de ambos, se acabaría convirtiendo, para su hija, si no en un extraño, cuando menos en alguien a quien hay que ver y estar con él más que por "cariño", por obligación.

QUINTO.- I.- La determinación de la pensión de alimentos responde a la consideración de tres datos, las necesidades del alimentista legalmente definidas, los medios económicos de los obligados, y la proporción entre ellos (artículos 142, 145, párrafo primero y 146 del Código Civil), pero el primordial es el primero, ya que no cabe superar el importe suficiente para cubrir las necesidades reconocidas en el citado artículo 142. No se adujo siquiera que la hija las tenga especiales y ello basta para desestimar el recurso de la madre, porque el importe solicitado de 1100 euros al mes supera el coste previsible de la atención legalmente exigible para la menor que aún no ha cumplido 4 años, aún sin considerar la atención mantener. Por ello procede mantener la pensión alimenticia fijada por la sentencia de instancia de 500 euros mensuales.

II.- En cuanto a la petición de Doña Juana de que se acuerde que le sean pagadas las subvenciones familiares de la Comisión Europea procede desestimarla. En primer lugar, según reconocen ambos litigantes, dicha subvención no está siendo concedida en este momento. En segundo lugar, en todo caso, no le corresponde a este tribunal pronunciarse sobre el derecho a percibir dicha subvención ni sobre la persona, en su caso, que esté legitimada para cobrarla, puesto que dicha decisión está atribuida al organismo europeo que concede la misma.

III.- Como ya tenemos expuesto, entre otras, en nuestras sentencias de 20 de octubre de 2005, 29 de mayo de 2007, y 14 de diciembre de 2008, **los gastos extraordinarios**, serán en principio, aquellos no comprendidos en el art. 142 del Código civil, que sienta una noción muy amplia de alimentos, considerando como tales todo lo que es indispensable para el sustento, vestido, asistencia médica y educación del alimentista, con base en el cual se establece en cada caso la extensión o cuantía de la prestación alimenticia debida a los hijos en virtud de los artículos 91 y 93 del CC. No se trata, por tanto, de gastos ordinarios y corrientes en la vida cotidiana, sino de los que exceden de este ámbito para situarse en la esfera de lo excepcional, bien por su carácter inhabitual, bien por su excesivo coste. De ahí su esencial condición de imprevisibilidad en el momento de acordarse la pensión de alimentos, que no ha de verse afectada por las normales fluctuaciones que siempre suelen experimentar los gastos ordinarios integrados en dicha obligación, sin perjuicio de la facultad de instar su modificación cuando se produzca una variación sustancial de las circunstancias, con arreglo a los artículos 91 del CC y 175 de la LEC. Pero, en cualquier caso, estos gastos extraordinarios deben ser decididos por los progenitores, y previo consentimiento de aquel que haya de satisfacerlos, a no ser que correspondan a situaciones de urgente necesidad, debiendo en principio y salvo acuerdo o resolución en contrario, contribuirán ambos en igual proporción a su sostenimiento; de manera que en defecto de consentimiento del progenitor que haya de satisfacerlos, la reclamación de gastos extraordinarios deberá canalizarse a través del procedimiento regulado

en los artículos 712 y ss de la LEC (siguiéndose en este aspecto lo razonado, entre otras, por la SAP de Ciudad Real, Sección 1ª de 4 de julio de 2003).

Por ello procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Abilio , en el sentido de que los gastos extraordinarios deberán ser abonados al 50% por ambos progenitores, previo acuerdo de las partes o autorización judicial.

SEXTO.- Teniendo en cuenta la problemática planteada en el presente procedimiento que no hace falta relatar, pues se desprende del contenido de la presente resolución, no procede hacer especial imposición de las costas de alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,
FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Abilio y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Juana , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10, de fecha 11 de noviembre de 2009 , debemos mantener y mantenemos los pronunciamientos de la referida resolución de atribución de la guarda y custodia de la menor a favor de la madre, con la patria potestad compartida por ambos progenitores y de fijación de una pensión alimenticia a favor de la menor, a cargo del padre, de 500 euros mensuales, actualizada anualmente.

Se modifica el pronunciamiento de la sentencia de instancia en relación con los gastos extraordinarios, que deben ser sufragados por ambos progenitores por partes iguales, previo acuerdo de las partes, o, en su defecto, autorización judicial.

En cuanto al régimen de visitas, se amplía el concedido por la sentencia de instancia, en los siguientes términos:

A) Durante los periodos escolares. Don Abilio tendrá a su hijo consigo, un fin de semana alterno de cada dos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a las 14,30 horas, -para el caso de que Sandra estuviese en el colegio o guardería a esa hora- desde su salida del mismo hasta las 15,30 horas del domingo. Don Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

Cuando exista una festividad escolar inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios la hija común, se considerará este período agregado al fin de semana, y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.

Igualmente, el Sr. Abilio podrá disfrutar de la compañía de su hija cuando acuda a Coruña, siempre que ello no impida la atención de la menor al curso escolar y a su vida normal durante las tardes de todos los días que se encuentre en Coruña desde las 18,00 horas hasta las 20,00 horas. Don Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

El Sr. Benito podrá visitar a su hija el día de su cumpleaños (/3 de abril), pudiendo estar con Sandra siempre que ello no impida la atención de la menor al curso escolar y a su vida normal, desde las 18,00 horas hasta las 20,00 horas del citado día. Don Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

B) Durante las vacaciones de Navidad.- El Sr. Abilio tendrá a su hija consigo la mitad de dichos períodos correspondiéndole, a falta de otro acuerdo

distinto entre los progenitores, el primer período en los años pares y el segundo período en los años impares.

El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde las 10,00 horas del primer día no lectivo de la menor hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre. El Segundo período comprenderá desde las 20,00 horas del día 30 de diciembre, hasta las 20,00 horas del último día no lectivo de la menor. Don Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

C) Durante las vacaciones de Semana Santa.- Las vacaciones de Semana Santa corresponderán por mitad a ambos progenitores, correspondiendo la primera mitad al Sr. Abilio en los años impares y la segunda en los pares, y correspondiendo a la Sra. Juana la primera mitad en los años pares y la segunda en los años impares. Dicho período comprenderá desde las 10,00 del primer día no lectivo de la menor hasta el miércoles de ceniza a las 20,00 horas. Y el Segundo período desde las 20,00 horas del miércoles de ceniza hasta las 20,00 horas del domingo de Resurrección. El Sr. Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

D) Durante las vacaciones de Verano.- Entendiéndose por estas las vacaciones escolares de la menor serán disfrutadas por mitad, correspondiendo al Sr. Abilio , a falta de otro acuerdo entre los progenitores, el primer período en los años impares y el segundo en los pares.

El primer período de las vacaciones de verano comprenderá desde las 10,00 horas del primer día no lectivo de la menor hasta las 20,00 horas del día 31 de julio, y el segundo período, desde las 20:00 horas del día 31 de julio hasta las 20.00 horas del último día no lectivo de la menor. El Sr. Abilio recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

Durante los periodos de vacaciones se interrumpen las estancias de fin de semana; y una vez finalizados los periodos vacacionales comenzará a regir la alternancia de fin de semana, correspondiendo el primer fin de semana después de las vacaciones al progenitor con el que la menor no haya estado durante el periodo vacacional que finaliza.

F) El Sr. Abilio podrá comunicar con su hija Sandra , por escrito, teléfono móvil, correo electrónico, Skype, y cualquier medio análogo, siempre que se respete el horario escolar, de estudio y de descanso de la menor; viniendo obligada Doña Juana a instalar en su domicilio los aparatos electrónicos necesarios para que el Sr. Abilio pueda hablar y ver a su hija a través del ordenador.

No se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.

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

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

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe