

Roj: SAP M 6263/2014
Id Cendoj: 28079370222014100420
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 22
Nº de Recurso: 750/2013
Nº de Resolución: 434/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: CARMEN NEIRA VAZQUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0007087

Recurso de Apelación **750/2013**

Autos Nº: 297/12

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 22 DE MADRID

Apelante- demandante: DOÑA Yolanda

Procurador: DON JOAQUIN FANJUL DE ANTONIO

Apelado- demandado: DON Ezequias

Procuradora: DOÑA MONICA DE LA PALOMA FENTE DELGADO

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

SENTENCIA Nº

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

En Madrid, a 6 de mayo de dos mil catorce.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de guarda, custodia y alimentos seguidos, bajo el nº 297/12 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante-demandante Doña Yolanda , representada por el Procurador Don Joaquín Fanjul de Antonio.

De la otra, como apelado-demandado Don Ezequias , representado por la Procuradora Doña Mónica de la Paloma Fente Delgado.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña CARMEN NEIRA VÁZQUEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO : Que en relación a la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO, en nombre y representación de Doña Yolanda , contra Don Ezequias , en los autos de juicio sobre Relaciones Paterno-

filiales, número 297/12, debo acordar y acuerdo la adopción de las medidas que a continuación se relacionan en beneficio del hijo menor de edad:

Primera: La patria potestad sobre el hijo menor de edad, Baldomero , se ostentará y ejercerá conjuntamente por ambos progenitores.

Segunda: La guarda y custodia del hijo menor de edad se encomienda alternativamente a ambos progenitores por cursos escolares, correspondiendo el presente de 2012/13 a la madre, el de 2013/14 al padre, y así sucesivamente. El curso escolar se entenderá que abarca desde su inicio oficial hasta el inicio oficial del siguiente.

Tercera: El régimen de estancias, comunicación y visitas del progenitor que no ostente la custodia con su hijo menor de edad se determinará libremente entre el padre y la madre en interés filial, exhortándose a ambos para que lleguen a acuerdos sobre el particular.

En caso de desacuerdo, el régimen de estancias se concretará en los fines de semana alternos - en el sentido que después se dirá-, dos tardes entre semana y el primer período de las vacaciones escolares de Navidad y verano, así como la totalidad de las vacaciones de la Semana Santa.

Los fines de semana comprenderán desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada al colegio del lunes, y en caso de que a tales fines de semana vaya unido algún día no lectivo, abarcarán desde la salida del colegio del último día lectivo hasta la entrada al colegio del primer día lectivo siguiente.

Las tardes entre semana serán las del martes y jueves, desde la salida del colegio en los días lectivos, o las 18 horas en los días no lectivos, hasta las 20#30 horas en ambos casos.

El primer período de las vacaciones escolares de Navidad y verano comprenderá desde las 11 horas del primer día no lectivo hasta las 21 horas de los días 30 de diciembre y 31 de julio respectivamente, mientras que las vacaciones de la Semana Santa abarcarán desde las 11 horas del primer día no lectivo hasta las 19 horas del último día no lectivo.

El régimen de estancias de los fines de semana alternos y tardes entre semana quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana santa y verano.

En caso de desacuerdo, el régimen de comunicación del progenitor que no ostente la custodia con su hijo menor de edad se concretará en que puedan relacionarse por teléfono, carta o cualquier otro medio apropiado para ello conforme a las exigencias de la buena fe.

En caso de desacuerdo, el régimen de visitas se concretará en que puedan relacionarse en los supuestos de enfermedad allí donde se encuentre el enfermo conforme a las exigencias de la buena fe.

El régimen de comunicación y visitas se aplicará también al progenitor que ostente la custodia cuando el hijo menor de edad no se encuentre en su compañía.

Cuarta: Cada progenitor abonará los gastos ordinarios del hijo menor de edad cuando el mismo se encuentre bajo su custodia, salvo los de escolaridad y comedor escolar que serán pagados siempre y exclusivamente por el padre, siendo los extraordinarios de naturaleza necesaria abonados por mitad entre ambos progenitores, bien de común acuerdo o, en su defecto, con autorización judicial.

No se hace expresa imposición de costas en esta instancia."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Doña Yolanda , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de Don Ezequias y el Ministerio Fiscal sendos escritos de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 5 de mayo de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida se pide se otorgue la guarda y custodia a la madre y las medidas consecuencia de la anterior y en cuanto a los gastos extraordinarios pide que se mantenga lo acordado y destaca el deseo del menor de

vivir con la madre y recuerda que Baldomero tiene un nivel curricular adecuado que es un niño trabajador y responsable y señala que su situación es extraordinaria y explica que el respeto recíproco de los progenitores y la salvaguarda de su imagen ante el hijo tampoco ha existido .

Recuerda que la cuidadora supone un gasto de 300 euros al mes significando que es licenciada y trabaja como Abogado y señala que vive de alquiler por un importe de 2400 euros al mes.

Por su parte Don Ezequias pide que se confirme la sentencia y alega entre otras razones que el menor desea pasar más tiempo con el padre y pone de manifiesto que tiene un horario flexible siendo mejor su disponibilidad y reitera el entendimiento entre los progenitores y la similitud de estilos educativos.

Destaca que el padre es una figura de referencia apego y seguridad para el menor .

Por su parte el Ministerio Fiscal pide que se confirme la sentencia y alega entre otras consideraciones que es conforme a derecho.

SEGUNDO.- Se cuestiona en esta alzada la guarda y custodia del hijo común de 8 años de edad al haber nacido el NUM000 de 2005.

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia del menor habrá de ser resuelta conforme a la normativa del C.C. y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que "En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación".

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.,.

Con tales criterios orientadores la Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre respecto a los citados menores, en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta la hora de entrada el lunes por la mañana en el centro escolar donde los reintegrará y las tardes de los miércoles desde la salida del centro escolar hasta el jueves en que serán entregados en dicho centro así como los puentes que se indican y los períodos de vacaciones escolares de Navidad y verano y Semana Santa tal y como se establece en la sentencia apelada .

El examen de lo actuado revela, en líneas generales, la pertinencia de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, y si pensamos fundamentalmente que la guarda y custodia compartida requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial.

En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, - en la medida que ello afecta a los hijos - lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, de tiempos tan cortos y reducidos, al pretenderse en el recurso períodos alternativos de meses, con traslados de los padres de un domicilio a otro, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida.

De esta forma la Juzgadora de la primera instancia resolvió como ya se argumentaba, fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso acreditadas en las actuaciones.

En efecto, no se prueba en la causa que alguno de los progenitores presente dificultad o disfunción de cualesquiera clase incapacitante para el ejercicio de la custodia, apuntando todo a una responsabilidad armoniosa y colaboradora en el cuidado del hijo, no siendo ostensibles las diferencias sobre las costumbres del cuidado del niño.

Como valoración final en aquel informe psicológico elaborado en los autos de primera instancia se dictamina que existen circunstancias y condiciones que determinan la conveniencia de adoptar dicho sistema de custodia compartida lo que permite mantener la referencia de ambos progenitores en la vida del menor.

Finalmente y como conclusión se opta - como se indicará más adelante - por la custodia compartida, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso anteriormente examinadas y ello sin perjuicio de que pueda adoptarse a la vista de la evolución y desarrollo del menor cualquier medida que su interés y beneficio siempre preferente demande.

Procede en consecuencia confirmar la sentencia recurrida señalando a este respecto conforme se argumentará los antecedentes del caso y el contenido de aquel citado informe pericial, por todo lo cual procede desestimar la pretensión que se formula.

Hay que añadir, además, a todo cuanto se ha expuesto, y en el mismo sentido que se ha resuelto en la sentencia apelada, la doctrina del Tribunal Supremo que al respecto ha dictado la Sala Primera sobre la custodia compartida, valga a estos efectos la sentencia de 12 de diciembre de 2013 que enseña que:

La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC 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 - STS 19 de julio 2013 -, 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, 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.

Sigue diciendo el Alto Tribunal que :

Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros 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, y aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando 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 en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.

Y en aquella otra de 29 de noviembre de 2012 vuelve a insistir el Alto tribunal en tales argumentos señalando al tiempo que :

En primer lugar, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los

progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación " no tienen buenas relaciones" , no ampara por si misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores.

En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen

Y continúa diciendo el Tribunal Supremo que: La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas.

Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

Tal es el criterio jurisprudencial a propósito de la custodia compartida , que obviamente a la vista de cuanto se ha actuado - tal y como ya se había anticipado - ha de ser mantenida si valoramos expresamente los antecedentes del caso , el contenido del informe psicológico y especialmente el interés del hijo común.

Y en este sentido señalamos el buen entendimiento entre ambos progenitores desde que se produce la separación fáctica de los padres - que acuerdan ante Notario las medidas que dispusieron en torno al hijo común y demás circunstancias derivadas de la quiebra convivencial y que sin incidencias ni requerimientos o judicialización de la contienda se desenvolvió en términos de avenencia y conformidad - y aunque discrepan en el conflicto que ahora se suscita - en los términos habituales de una contienda judicial - manejan el conflicto en condiciones de llegar a convenir o negociar lo mejor para el hijo común.

En el mismo sentido los profesionales en Psicología, en el dictamen incorporado a los autos estiman más conveniente para el desarrollo del menor la modalidad de la custodia compartida y en el acto de la vista oral al ratificar aquel peritaje manifestaron la conveniencia de llevarlo por cursos alternos , destacando las condiciones de idoneidad de dicho sistema y las circunstancias personales y materiales favorables a ello - además de la disposición psicológica de los progenitores ya mencionada- al indicar la cercanía de ambos domicilios y de éstos respecto del centro escolar al que acude el menor.

Pues bien, nada consta acreditado en los términos del artículo 217 de la LEC .., y ni tan siquiera se alega de forma cabal y rigurosa que tal sistema de custodia compartida suponga riesgo , peligro o disfunción alguna para el desarrollo y evolución del niño, pues nada aporta en este sentido el hecho de que el menor se encuentre en la actualidad adaptado a un régimen de una custodia materna , por lo que no cabe estimar tal recurso que se formula instando la custodia materna.

La confirmación de la sentencia recurrida en este aspecto conlleva el mantenimiento de las medidas consecuencia de la anterior , habida cuenta la pertinencia de las mismas así el ajuste de todo lo acordado a lo establecido en los artículos 93 , 94 y ss. del CC .., y valorando lo que se dispone sobre alimentos del menor.

Se confirma así la sentencia apelada.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dada la naturaleza de la cuestión debatida y circunstancias concurrentes, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Doña Yolanda contra la Sentencia dictada en fecha 21 de marzo de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid , en autos de guarda, custodia y alimentos seguidos, bajo el nº 297/12, entre dicha litigante y Don Ezequias , debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Firme que se esta resolución, dése el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0750-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ