

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimosegunda
C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020
Tfno.: 914936205
37007740
N.I.G.: 28.045.00.2-2013/0002015



(01) 30355607156

Recurso de Apelación [REDACTED] **2014**

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 02 de Colmenar Viejo
Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados
[REDACTED] 2013

Demandante/Apelante: DON ANTONIO [REDACTED]

Procurador: Doña Paloma Sánchez Oliva

Demandado/Apelado: DOÑA Mª SONSOLES [REDACTED]

Procurador: Doña [REDACTED]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Recibido 6/7/13

SENTENCIA N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña Mª del Pilar González Vicente

En Madrid, a tres de julio de dos mil quince.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Guarda y Custodia, bajo el nº [REDACTED]/13, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Colmenar Viejo, entre partes:

De una, como apelante, don Antonio [REDACTED], representado por la Procuradora doña Paloma Sánchez Oliva y en su defensa el letrado Don Jorge Martínez Martínez.

De otra, como apelada, doña Mª Sonsoles [REDACTED] representada por la Procuradora doña [REDACTED] y en su defensa la Letrada Doña [REDACTED]

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 30 de junio de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Colmenar Viejo, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: “FALLO: **QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA** interpuesta por Dº ANTONIO [REDACTED] contra Dª MARIA [REDACTED] DEBO ACORDAR Y ACUERDO las siguientes medidas:

Se atribuye a la madre, la guarda y custodia de la hija menor, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

Se fija a favor del padre el siguiente régimen de vistas:

- Dos tardes intersemanales, a falta de acuerdo, martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta las ocho de la tarde, y si no fuera lectivo, desde las 17.00 horas hasta las 20.00 horas, que será reintegrada la menor en el domicilio materno.

- Fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 20.00 horas, que será reintegrada por el padre en el domicilio familiar.

- Mitad de vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad, correspondiendo elegir periodo a la madre los años pares y al padre los impares. Las vacaciones de verano se dividirán en periodos de quince días, los meses de julio y agosto, y se disfrutarán de forma alternativa por los progenitores, correspondiendo elegir periodo la madre los años pares y el padre los impares. Para las presentes vacaciones de verano, y dado que la menor en la actualidad está con la madre, corresponderá al padre la segunda quincena de julio y la segunda de agosto, y a la madre la primera de julio y agosto.

- Ambos progenitores se comprometen a facilitar la comunicación de la menor con el

otro progenitor cuando ésta esté en su compañía.

Se fija como pensión de alimentos que debe abonar el padre a favor de su hija menor la suma de 250 euros mensuales; cantidad que deberá abonarse en doce mensualidades dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la madre, y que se irá actualizando anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el IPC u Organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios se abonaran por ambos progenitores al cincuenta por ciento, debiendo ser los mismos consensuados y consentidos.

No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el término de veinte días ante al Ilma Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo”.

Posteriormente se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es como sigue: “SE ACUERDA ACLARAR LA SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2014, en el sentido de suplir la omisión cometida en su Fallo y fundamento de derecho, acordándose que el uso y disfrute del domicilio familiar y ajuar doméstico se atribuye a la menor ya la madre, que ostenta su guarda y custodia.

Manteniendo íntegramente su validez los demás extremos de la citada resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Así por la presente resolución, Sonia Agudo Torrijos, Magistrada del Juzgado de Primera instancia e Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, lo dispone, manda y firma”.

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Antonio [REDACTED], exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación legal de doña Mª Sonsoles [REDACTED] escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, en su momento se acordó recibir el pleito a prueba en esta alzada, en orden a requerir a la parte apelante, demandante, para aportar documentación sobre el contrato de arrendamiento de la vivienda que ocupa, y justificantes de pagos, al tiempo que

se resolvió practicar la diligencia de audiencia de los progenitores.

La parte apelante ha aportado la documental para la que había sido requerido, y la audiencia de los progenitores tuvo lugar en el acto de la vista celebrado en el día de ayer, con el resultado obrante en el medio de grabación audiovisual utilizado, así como en el acta levantada al efecto, valorándose por las partes y las respectivas direcciones jurídicas la prueba practicada, informando según convino a sus derechos, quedando los autos pendientes de deliberación, votación y fallo.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte apelante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación planteado contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, así como en el acto de la vista, ha solicitado la guarda y custodia compartida de la hija menor, interesando también el derecho de uso de la vivienda familiar en favor de la madre y la hija, durante un tiempo limitado, o hasta la liquidación del patrimonio común.

Reiteró los argumentos expuestos en su momento en la demanda en orden a la solicitud de la custodia compartida, y tuvo en cuenta también la prueba practicada en esta alzada como fundamento para el éxito de la pretensión.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso, y también en el acto de la vista, ha solicitado la confirmación de la sentencia, repitiendo los argumentos expuestos en el escrito de contestación, advirtiendo que el padre no está capacitado para ejercer la guarda y custodia sobre la hija menor, y señalando que el recurrente ha estado desvinculado de dicha hija menor, porque ha hecho primar su vida personal sobre su vida familiar.

SEGUNDO: La guarda y custodia compartida sólo es posible en aquellos supuestos ~~en los que la relación entre los progenitores es fluida, permanente, periódica, pacífica, cordial,~~ provocando todo ello la permanente comunicación, el diálogo y contacto de ambos con el fin de buscar en todo momento consensos y acuerdos que determinen el óptimo desarrollo integral de los menores, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la

Constitución, en todos los ámbitos, no solamente en el aspecto escolar, ofreciendo los presupuestos de orden material, en relación a alojamiento, lugar de residencia de dichos progenitores, distancia entre las mismas, así como del centro escolar, ámbito social, ocio, recreo, descanso, hábitos de los hijos.

Sin embargo cabe aclarar que, y siguiendo con la reciente doctrina del Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 25 de abril del 2014, y de fecha 29 de abril del 2013, esta última que sienta doctrina jurisprudencial, se advierte "que tal medida debe estar fundada en el interés de los menores, y se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el cumplimiento por parte de los padres de sus obligaciones con respecto a los hijos, de tal manera que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, antes bien, se puede considerar normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con sus padres, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible, de manera que si ambos cónyuges reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, en estos supuestos será posible acceder a la medida sobre guarda y custodia compartida.

Asimismo, tampoco se puede excluir la posibilidad de la guarda y custodia compartida en aquellos supuestos en los que aun aceptando que entre los cónyuges existe una mala relación personal, tal situación de conflicto entre aquellos no es relevante ni provoxa ninguna consecuencia que afecte o perjudique el interés de los menores.

Por el contrario, si no concurren todos los anteriores presupuestos antes aludidos, o si la relación personal entre los progenitores proyecta negativas consecuencias en la vida de los hijos menores, si se observan conductas individualizadas y personales de uno y otro progenitor que tiendan a alterar el desarrollo emocional, físico o psicológico de los hijos, si no concurren las circunstancias materiales que aconsejen tal medida, si no se prueba la capacidad de ambos progenitores para ostentar tal función, y teniendo en cuenta toda la normativa antes aludida, de carácter nacional e internacional, en estos supuestos no será posible acceder a la medida relativa a la guarda y custodia compartida.

TERCERO: Dicho lo que antecede, es lo cierto que la propia sentencia apelada reconoce que ambos progenitores están capacitados para asumir labores de custodia compartida, teniendo en consideración que ambos son profesores están habilitados para

ofrecer la adecuada educación a la hija menor, y ahora cabe añadir que hay prueba de que defienden distintos estilos educativos.

Tampoco hay constancia de que la relación entre los progenitores, aunque es muy escasa, venga a dificultar el buen fin de la medida sobre guarda y custodia compartida, teniendo en cuenta el interés y el beneficio a proteger.

Por el contrario, si bien en la sentencia apelada se indicaba que el recurrente compartía piso con otra persona, es lo cierto que actualmente ocupa una vivienda, en Becerril de la Sierra, en régimen de alquiler, localidad en la que también tiene el domicilio la madre, aunque esta última imparte las clases en Navacerrada, y en el centro donde cursó los estudios la menor.

No es condicionante para aceptar la guarda y custodia compartida el hecho de que ~~con anterioridad el padre~~ no haya podido pernoctar con la menor, pues es lo cierto que, y así lo han aceptado y confirmado ambos progenitores, el régimen de visitas, amplio, que viene acordado en la sentencia, que incluye dos tardes entre semana, además de las vacaciones y los fines de semanas, se vienen cumpliendo con absoluta normalidad.

La disponibilidad personal, en razón del horario laboral, de ambos progenitores es análoga, aun aceptando que la apelada también recibe puntualmente el apoyo y la ayuda de su familia, quienes residen en Salamanca.

No constan acreditadas las afirmaciones realizadas por la parte apelada, y su dirección jurídica, al respecto de la mala situación, de higiene, o de salud o física, de la menor, cuando esta última se encuentra en compañía y conviviendo con su padre.

Dicho todo lo que antecede, es claro que concurren los requisitos establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo para otorgar a ambos progenitores la guarda y custodia compartida sobre la hija menor, de lunes a lunes, manteniendo, por lo demás, el régimen de visitas de los periodos vacacionales, según lo establecido en la sentencia apelada.

Lo anterior conlleva la modificación de la medida relativa a la pensión de alimentos, pues teniendo en consideración que la situación económica de ambos progenitores es análoga, es lo procedente que cada uno de ellos asuma el gasto ordinario de alimentación, vestido, ropa, etc. durante la semana que conviva con cada uno de ellos dicha menor, mientras que los gastos de educación, así como los gastos extraordinarios, se afrontarán al 50% entre ambos.

En cuanto al uso de la vivienda familiar, y teniendo en cuenta que la situación de ~~ambos progenitores es análoga~~, y considerando el propio planteamiento de la parte apelante,

es lo procedente otorgar el derecho de uso de la vivienda familiar en favor de la hija y de la madre, o, en su caso, de la madre, en la semana y periodos en los que la hija se encuentre con el padre, y ello hasta que se proceda a la liquidación del patrimonio común.

CUARTO: Al estimar el recurso interpuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre condena en las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Paloma Sánchez Oliva, en nombre y representación de don Antonio [REDACTED], contra la sentencia dictada en fecha [REDACTED] de junio de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Colmenar Viejo, en autos de guarda y custodia nº [REDACTED]/13, seguidos a instancia del citado contra Doña Mª Sonsoles [REDACTED], debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:

Se otorga en favor de ambos progenitores la guarda y custodia compartida, por semanas, de lunes a lunes, debiendo el progenitor custodio llevar a la menor al centro escolar, siendo recogida por el progenitor que comience el ejercicio de la custodia en la semana siguiente.

Se mantiene el régimen de visitas señalado en la sentencia apelada, relativo al periodo de vacaciones de Semana Santa, Navidad y verano.

Los gastos ordinarios de alimentación, vestido, etc. se afrontarán por cada progenitor durante la semana que convivan con la menor.

Los gastos escolares, de educación, actividades extraescolares, gastos extraordinarios, se afrontarán al 50% entre ambos progenitores.

El uso de la vivienda familiar se otorga a la hija y a la madre, o, en su caso, a la madre, no obstante el periodo de convivencia de la menor con el padre, y ello hasta la liquidación del patrimonio común.

No se hace declaración sobre condena en las costas del recurso.

Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8, devuélvasele por el Juzgado de Instancia.

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 2844-0000-00-1366-14, 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