

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: [REDACTED]

Recurso de Apelación [REDACTED]/2018

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 01 de Torrelaguna

Autos de Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados xx/2016

Demandante/Apelante: DON EDUARDO [REDACTED]

Procurador: Don Carlos Sáez Silvestre

Demandado/Apelado: DOÑA AMPARO [REDACTED]

Procurador: Doña M^a [REDACTED]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

SENTENCIA N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilmo. Sr. D. Luis Puente de Pinedo

En Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil dieciocho.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Guarda y Custodia, bajo el nº [REDACTED]/16, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrelaguna, entre partes:

De una, como apelante, don Eduardo [REDACTED], representado por el Procurador don Carlos Sáez Silvestre y en su defensa el Letrado don Jorge Martínez Martínez.

De otra, como apelado, doña AMPARO [REDACTED], representada por la Procurador doña M^a [REDACTED], y en su defensa el letrado don [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 xx de octubre de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrelaguna, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Saez Silvestre en nombre y representación de D. EDUARDO [REDACTED], asistido de la Letrada D^a. [REDACTED], contra D^a AMPARO [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. [REDACTED], asistida del letrado D. [REDACTED], debo adoptar las siguientes medidas:

1º-La titularidad de la patria potestad sobre la hija menor, se ostentará conjuntamente por ambos progenitores, obligándose los comparecientes a adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten al hijo, y de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación. Cuando no pudieran ponerse de acuerdo los progenitores acudirán a la decisión judicial.

Quedan excluidas de esta forma aquellas determinaciones cuya urgencia no permitan la consulta al otro progenitor, que serán adoptadas por aquel con quien se encuentre el menor en ese momento.

2º.-Atribución de la guarda y custodia del menor a D^a AMPARO [REDACTED].

3º.-En cuanto al régimen de visitas paterno filial, se establece el siguiente : : a).- El padre tendrá como régimen de visitas de lunes a viernes, de 12 a 14 horas, todas las semanas, debiendo ir a recogerla al domicilio de la madre al inicio de las visitas y debiendo

reintegrarla al mismo sitio al término de las mismas . b) Fines de semana alternos , de 12 a 20 horas , siendo uno de ellos con pernocta, de 12 de la mañana del sábado hasta las 18 horas del domingo , hasta marzo de 2018. Desde esta fecha hasta que empiece el colegio , fines de semana alternos , de 12 de la mañana del sábado hasta las 18 horas del domingo. Cuando empiece el colegio en septiembre de 2018, se establecen dos días inter semanales martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas ,y uno de los dos fines de semana desde la salida del colegio el viernes hasta las 19 horas del domingo .Debiendo ir a recogerla al domicilio de la madre al inicio de las visitas y debiendo reintegrarla al mismo sitio al término de las mismas. c) Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se mantendrá el mismo régimen de visitas referido . En el mes de julio se suspenderá durante una quincena el régimen de visitas a elección de la madre, que deberá comunicarlo al padre con una semana de antelación ,suspendiéndose el derecho de visitas semanal e inter semanal ordinario establecido , debiendo el progenitor que la tenga consigo facilitar la comunicación telefónica de la menor con el otro progenitor. A partir de los cinco años de edad de la menor disfrutará conforme las vacaciones escolares y serán divididas por mitades, correspondiendo un periodo a cada uno de los cónyuges que será distribuido según el común acuerdo de ambos cónyuges, alternando cada año las festividades con el fin de poder disfrutar alternativamente ambos progenitores las mismas. Para el supuesto de desacuerdo corresponderá la elección los años pares al padre y los años impares a la madre. Los períodos vacacionales de Navidad que se establecen son : Del 24 de diciembre al 31 de diciembre . Del 31 de diciembre al 6 de enero . El progenitor no custodio en el período que le corresponda recogerá a su hija en el domicilio familiar a las 18 horas, reintegrándoles el día de entrega a las 18 horas en el mismo domicilio familiar. El día de Reyes la hija pasará con el progenitor con el que se encuentre hasta las 14:30 horas, acudiendo a recogerle a esa hora el otro progenitor en el domicilio del progenitor con que estén y reintegrándole a éste a las 18 horas del mismo día. -Las vacaciones de Semana Santa , en el supuesto de no llegar a acuerdo entre los progenitores, se atribuye mitad del periodo vacacional de Semana Santa , comenzando el primer periodo a las 18:00 horas del denominado Viernes de Dolores y finalizando a las 18:00 horas del miércoles , y el segundo periodo comprende desde el citado día y hora hasta las 18:00 horas del último día de vacaciones, correspondiendo los años pares a la madre y los años impares al padre. -Respecto a las vacaciones escolares de verano del menor se dividen en cuatro periodos, donde cada uno de los cónyuges tendrá a su hija durante dos periodos de forma alternativa. 1º Periodo.-Desde el 1 de julio , a las 10 horas,

hasta el 16 de julio , a las 10 horas. 2ºPeriodo.- Desde el 16 de julio, a las 10 horas, hasta el 1 de agosto, a las 10 horas.3ºPeriodo –Desde el día 1 de agosto , a las 10 horas, hasta el 16 de agosto a las 10 horas.4º Periodo.-Desde el día 16 de agosto , a las 10 horas, hasta el 31 de agosto , a las 10 horas. Si hubiese discrepancias entre ambos padres, elegirá el primer período , el padre en los años pares y, la madre , los años impares , concediéndose , siempre, la máxima flexibilidad.

Puentes. En caso de días festivos que coincidan con los lunes o viernes de la semana , corresponderá estar con los menores al progenitor que en ese momento disfrute de su compañía , de tal manera que ese día se extenderá a favor de dicho progenitor.

El cumpleaños del menor, cuando caiga en día entre semana se disfrutará por parte de aquel progenitor que tenga asignadas la tarde correspondiente y en el caso de fin de semana se dividirá en dos periodos de 10:30 a 17:00 horas para pasar con el progenitor al cual le pertenece su régimen de visitas y de 17:00 horas a 20:30 horas con el otro progenitor que le reintegrará en el domicilio.

El día del padre y de la madre, el menor pasará en su compañía desde las 10:30 horas hasta las 20:00 horas.

Ambos progenitores facilitarán la comunicación del menor con el otro progenitor en los períodos vacacionales referidos, a comunicar al otro durante los períodos vacacionales el lugar donde se encuentren con el menor, dirección y teléfono. En caso de enfermedad del menor, aquel de los padres en cuya compañía se encuentre, se lo comunicará inmediatamente al otro. Deberá ser el padre quien acuda a recoger a su hija al domicilio donde reside y quien deberá reintegrarle al mismo .

Todo ello sin perjuicio de la amplitud y flexibilidad que las partes de común acuerdo concedan a este régimen .

4º El padre contribuirá en concepto de pensión alimenticia por su hija en la suma de 300 euros mensuales, que se ingresará en la cuenta designada por la madre en los primeros cinco días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente mediante la aplicación del incremento que experimente el índice de precios al consumo, que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Oficial que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios en relación al hijo menor de edad se abonarán por mitad .

No procede hacer expresa imposición de costas”.

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

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación legal de doña AMPARO [REDACTED], escrito de oposición, así como por el Ministerio Fiscal.

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 y en orden a la práctica de la diligencia de audiencia de los progenitores, lo que tuvo lugar en el día de ayer en la vista celebrada, con el resultado obrante en el medio de grabación audiovisual utilizado y en el acta de la vista levantada al efecto, valorando las respectivas direcciones jurídicas, y también el Ministerio Fiscal, el resultado de dicha diligencia de audiencia, procediendo después a informar según el interés de sus respectivos 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 también en el acto de la vista, ha solicitado la custodia compartida de la hija menor, por semanas, con fijación del régimen de visitas y para las vacaciones y eventos familiares, sin pronunciamiento alguno sobre el uso del domicilio familiar, asumiendo cada progenitor los gastos ordinarios de la menor en el periodo de convivencia con cada cual, y los gastos de educación y gastos extraordinarios por mitad.

La parte apelada, así como el Ministerio Fiscal, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, y también en el acto de la vista, han solicitado la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO: Conviene precisar que 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 y 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 provoca 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.

Por lo demás, para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de la prole, así como las habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario (Tribunal Supremo, entre otras, sentencia de 25 de abril y de 2 de julio de 2014 y sentencia de 14 de octubre del año 2015).

TERCERO: Resolviendo la problemática planteada, afectante a una menor nacida el xx de septiembre de 2015, hemos de reseñar que el grupo familiar, progenitores y la menor, reside en Rascafría, haciéndolo el recurrente en la vivienda de sus padres, mientras que la apelada reside con sus padres, en compañía de la menor, sin que esta última acuda actualmente a ningún centro infantil o guardería, si bien es lo previsible que en los próximos meses, a partir del curso que viene, comience sus tareas escolares ordinarias en un colegio público en dicha localidad.

Consta acreditado que se viene cumpliendo el sistema de comunicaciones fijado en la sentencia apelada, es decir, convivencia diaria del padre con la menor, de lunes a viernes, en el horario establecido, así como el régimen de visitas señalado para los fines de semanas alternos, con la previsión de la pernocta en los términos señalados en la sentencia, estando previsto en la sentencia apelada que a partir de marzo de 2018, los fines de semanas alternos lo sean con pernocta y a partir de septiembre de 2018, se añadan 2 tardes entre semanas, ampliándose la visita de fin de semana, desde el viernes hasta el domingo.

Es decir, realmente y actualmente se está dando lugar a una convivencia casi alternativa o compartida de la menor con ambos progenitores en una pequeña localidad donde la vida del grupo familiar, desde el punto de vista de la relación personal resulta extremadamente fácil y cómoda.

Por otra parte, del resultado de la diligencia de audiencia de ambos progenitores en el acto de la vista celebrada en esta alzada en el día de ayer, se deducen versiones contradictorias de uno y otro progenitor en lo que se refiere al cuidado y atención que el recurrente presta a la hija, si bien consta acreditado que aquel gestiona un negocio de su propiedad, bar restaurante, si bien cuenta con ocho empleados que trabajan en dicho establecimiento, lo que, sin duda, le permite flexibilidad horaria en orden a compatibilizar sus tareas laborales con el deber de cuidado y atención que debe dispensar a la menor.

Tampoco existe prueba al respecto de la conflictividad entre los progenitores, no hay antecedentes procedimentales, ni civiles ni penales, de los que se pudiera deducir otra conclusión al respecto, de modo que ambos progenitores deben procurar la cordial y razonable relación siempre en interés y beneficio de la menor.

Por todo cuanto antecede, la Sala no observa inconveniente alguno, en aplicación de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, en orden a establecer la custodia compartida sobre dicha menor, por semanas, según se dirá después.

En razón de la actual situación personal y familiar de los progenitores y de la menor, no se hace pronunciamiento sobre uso de la vivienda que fue familiar, y puesto que no existe especial dificultad para que la menor pueda convivir con cada progenitor en los respectivos domicilios de cada cual.

Consecuentemente, las visitas de la menor con los progenitores se deben establecer para los periodos de vacaciones, y que regirá a partir de este momento y esta fecha de la sentencia de la Sala.

CUARTO: Ciertamente es que en los supuestos de atribución de custodia compartida es la regla general que ambos progenitores afronten en igualdad de obligaciones económicas todas las prestaciones que la prole necesite, tanto en los períodos en los que los hijos conviven con cada uno de ellos, como también las prestaciones que sirvan para afrontar gastos de educación y gastos extraordinarios, y ello siempre que la situación profesional y económica patrimonial de ambos progenitores resulte análoga o parecida.

No es el caso, consta acreditado que la madre trabaja a jornada parcial, percibiendo poco más de 450 € mensuales, mientras que, por su parte, el recurrente es titular de un negocio, bar restaurante, que exige para su debida explotación la contratación de ocho empleados, según manifestó el propio recurrente en el acto de la vista celebrada en esta alzada; lo anterior permite deducir que obtiene ingresos muy superiores de los que se indican en las nóminas aportadas por el propio recurrente, confeccionadas por este último, y en las que aparece aquél como director de [REDACTED] Restaurante S.L., no constando que existan más socios, de tal manera que los rendimientos y beneficios, y al margen de los gastos que suponen los salarios a abonar y demás gastos que genera el negocio, le permite afrontar el pago de la pensión de alimentos, en 12 mensualidades, en el importe de 200 € mensuales, y ello con efectos desde la presente resolución, actualizables conforme al IPC a 1 de enero de

cada año, correspondiendo la primera actualización en enero del 2019, siempre que dicho índice varía al alza.

Asimismo, se mantiene el pronunciamiento sobre la obligación de ambos progenitores de afrontar los gastos de educación y gastos extraordinarios por mitad.

QUINTO: Al estimar en lo sustancial el recurso interpuesto, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre condena en las costas del recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- FALAMOS

Que estimando en lo sustancial el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Carlos Sáez Silvestre en nombre y representación de don Eduardo [REDACTED], contra la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrelaguna, en autos de Guarda y [REDACTED] nº 65/16, seguidos a instancia del antes citado contra doña AMPARO [REDACTED], debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:

La guarda y custodia sobre la menor se ejercerá de modo compartido, por semanas, de lunes a lunes, comenzando la madre, hasta la escolarización de la menor: cada progenitor recogerá y entregará a la menor en el domicilio del progenitor en el que se encuentre la menor; a partir de la escolarización de la menor: el progenitor que tenga a la menor en dicha semana llevará a esta última al centro escolar, donde la recogerá el otro progenitor, quien llevará a la menor al centro escolar el lunes siguiente, y así sucesivamente. Si el lunes fuera festivo o no lectivo, la entrega se efectuará en el domicilio del otro progenitor a las 11 horas. Como régimen de visitas se establece la mitad de la Navidad para cada progenitor, primer periodo, desde el día 23 de diciembre, a las 11 horas, mientras la menor no esté escolarizada, y desde el día anterior al comienzo de las vacaciones de Navidad, a las 20 horas, cuando esté escolarizada, hasta el día 31 de diciembre, a las 20 horas, y el segundo

periodo, desde el día 31 de diciembre, hasta el día 7 de enero, mientras no esté escolarizada, a las 11 horas, o el día anterior al comienzo de las clases, a las 20 horas, cuando esté escolarizada. A falta de acuerdo, la madre disfrutará del primer periodo y el padre del segundo periodo de los años pares, y a la inversa en los años impares.

La semana Santa se divide por mitad, primer periodo, desde el viernes, a las 11 horas, mientras no esté escolarizada la menor, o desde las 20 horas al día anterior a la terminación de las clases, a las 20 horas, hasta el Miércoles Santo, segundo periodo desde las 20 horas del miércoles santos, hasta el martes siguiente, a las 11 horas, mientras no esté escolarizada, o hasta el día anterior al comienzo de las clases, a las 20 horas. La distribución de los periodos será el mismo que el establecido para el periodo de Navidad.

Mitad de las vacaciones de verano, primer periodo, desde las 11 horas del día 15 de junio, o desde el día anterior a la finalización de las clases, a las 20 horas, cuando esté escolarizada, hasta las 20 horas del 31 de julio, segundo periodo, desde las 20 horas del 31 de julio, hasta las 20 horas del día anterior al comienzo de las clases, cuando esté escolarizada, o hasta el 15 de septiembre, a las 11 horas, si no está escolarizada. La distribución de los periodos será el mismo que el establecido para el periodo de Navidad y Semana Santa.

Se establece en concepto de pensión de alimentos el importe de 200 € mensuales, con cargo al padre, en 12 mensualidades, y ello con efectos desde la presente resolución, a abonar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la esposa, actualizables conforme al IPC a 1 de enero de cada año, correspondiendo la primera actualización en enero de 2019, siempre que dicho índice varíe al alza.

Los gastos escolares, de educación ordinarios, se afrontarán al 50% entre ambos progenitores, ello con efectos desde la presente resolución.

Los gastos extraordinarios se afrontarán al 50%.

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 2844-0000-00-0316-18, 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