



SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 69 72
Fax.: 928 42 97 73

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: [REDACTED]/2015
NIG: 3501648120120003367
Resolución: Sentencia [REDACTED]/2016

Proc. origen: Guarda cust. y alimentos menores no consensuado N° proc. origen: xxxxxx/2012-00 Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de Las Palmas de Gran Canaria

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Demandado	Honorato [REDACTED]		Ana Maria Ramos Varela
Apelado	Honorato [REDACTED]		Ana Maria Ramos Varela
Apelante	[REDACTED]		

SENTENCIA

Presidente

D. Ricardo Moyano García

Magistrados

Dña María Paz Pérez Villalba

D. Carlos Vielba Escobar (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

VISTAS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, las actuaciones de que dimana el presente rollo [REDACTED]/2015 en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N°1 de Las Palmas de Gran Canaria (Juicio Verbal [REDACTED]/2012) pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por **Dña [REDACTED]** representado por el procurador Sr [REDACTED] y asistida por el letrado Sr [REDACTED] habiendo intervenido el **MINISTERIO FISCAL** y **HONORATO [REDACTED]** representado por la procuradora Sra Ramos Varela y asistido por el letrado Sr Martínez Martínez, siendo ponente D Carlos Vielba Escobar, quien expresa el parecer de la Sala;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia con fecha [REDACTED] de julio de 2014.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la parte actora con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día para discusión, votación y fallo.





TERCERO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interesa el recurso la revocación de la medida de atribución de la guarda sobre la hija común, que la sentencia de instancia atribuyó al padre, solicitud basada en una pretendida errónea valoración de la prueba al no haberse tenido en cuenta el informe del gabinete psicosocial y las circunstancias por las que la guarda de hecho la ostento el padre.

Como ya dijimos en anteriores resoluciones, cuya cita es ociosa, existe en la adopción de la medida concerniente a la guarda y custodia de los hijos, con independencia de que la patria potestad sea compartida, una gran libertad de elección para el Juez de decidir que progenitor ha de quedar al cuidado de los mismos. La finalidad es tomarla en beneficio del menor buscando su conveniencia por encima de cualquier otra circunstancia, como interés superior que necesariamente ha de ser objeto de protección, preferente y singular. Este ha de ser el criterio determinante para todas las medidas que les afecten, teniendo en cuenta los elementos que concurren en cada uno de los progenitores.

Dicho principio se recoge en los Tratados Internacionales, en concreto en la Convención de Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, de 20-11- 89, ratificada por España el día 30-11-90; y en nuestra legislación, así lo establece como principio rector de la política social la Constitución en su artículo 39.2 y la Ley Orgánica 1/96, que en su artículo 2 dispone que: "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", principio que se ha recogido ampliamente en la doctrina jurisprudencial, así la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987, dice: "es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor". Y que ha ratificado de manera reiterada el Tribunal Constitucional entre otras en Sentencias 141/2000, 124/2002, 144/2003/ 71/2004 y 11/2008.

SEGUNDO.- Se formula como principal motivo de apelación desarrollado ampliamente en el escrito, el error en la valoración de la prueba en cuanto a la medida de guarda y custodia para el padre adoptada en la sentencia, considerando que se dan todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para acordar la medida de guarda y custodia para la madre.

En lo que se refiere al error en la valoración probatoria de las circunstancias que concurren para adoptar las medidas en conflicto, debemos señalar que como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como





tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que "la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de, en este caso quien impugna la expresada valoración.

Ciertamente, el recurso de apelación tiene un carácter ordinario y, por ende, puede oponerse cualquier motivo de impugnación, incluida la errónea valoración probatoria con plenitud de cognición, sin que a tal efecto sea obstáculo el principio de inmediación pues, a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha inmediación también la ostenta el tribunal de apelación a través del soporte audiovisual donde deben recogerse y documentarse los juicios y vistas orales en los que se practica la prueba en primera instancia, de manera que el órgano de apelación puede apreciar directamente la práctica de todas las pruebas e incluso la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el recurso de apelación es un recurso ordinario " que permite una plena cognición de la Audiencia Provincial con competencias plenas en la valoración de la prueba" (sentencias de 21 de diciembre de 2009 y 22-11-12).

En todo caso, no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos".

TERCERO.- El artículo 92 del Código Civil establece en los extremos que nos interesan que «1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez cuando daba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. (...) 5. Se acortará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos. 6. En todo caso antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la





relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7 No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe "favorable" del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".

Como ya dijimos entiende el recurso que la custodia se ha de otorgare a la madre, al señalar el informe del gabinete psicosocial y la "sustracción" de la menor por parte del padre, esta última alegación no puede ser tenida en cuenta, ya que por esos hechos se siguieron las diligencias previas ■■■/2012 del Juzgado de Instrucción XX de Las Palmas de Gran Canaria con auto de sobreseimiento libre de fecha ■■ de ■■■ de 2012 en el que se señalaba el uso de la vía de hecho por ambas partes partes.

Por lo que hace al informe, es evidente que el mismo concluye con la capacidad de la madre para el ejercicio de la custodia, tanto a nivel personal, como familiar y de infraestructura, pero es que el informe psicosocial realizado en Madrid evidencia la estabilidad emocional de la menor con la guarda paterna, presentando un alto rendimiento escolar, y partiendo de la habilidad de ambos progenitores, y teniendo en cuenta que el mejor desarrollo emocional y educativo de Irene desaconseja, por la evidente lejanía de ambos progenitores, la guarda compartida, se erige como esencial la exploración de la niña que manifiesto su deseo de vivir en Madrid

En estas circunstancias no demostrándose como contraria al interés de la menor la atribución de la guarda al padre se ha de desestimar el primer punto del recurso.

Por lo que hace a los gastos de desplazamiento, de nuevo hemos de poner de relieve los intereses de Irene, recordando que el régimen de visitas lejos de ser un premio para el progenitor no custodio, constituye la culminación del derecho de la menor a relacionarse con ambos progenitores y a la satisfacción de este derecho han de contribuir ambos, máxime cuando el padre reside en Madrid y la madre en esta localidad, así las cosas el abono por mitad de los gastos de desplazamiento para el cumplimiento del régimen de visitas (respecto del que la oposición al recurso nada dice), se demuestra como consecuencia lógica y necesaria del principio de favor filii..

SEGUNDO. - No se efectuará especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en el recurso de apelación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

LA SALA RESUELVE.- **ESTIMAR PARCIALMENTE** recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de **Dña** ■■■ representado por el procurador Sr ■■■ y asistida por el letrado Sr ■■■, **REVOCANDO PARCIALMENTE** la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer Nº1 de Las Palmas de Gran Canaria con fecha ■■ de julio de 2014, en el único sentido de que ambos





progenitores abonaran por partes iguales los gastos de desplazamiento de la menor para el cumplimiento del régimen de visitas, sin efectuar especial pronunciamiento acerca de las costas devengadas en la alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

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

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de VEINTE DÍAS ante éste Tribunal, con indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

PUBLICACIÓN.- 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 el Letrado de la Administración de Justicia doy fe.

