

Roj: SAP PO 652/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:652
Id Cendoj: 36057370062016100177
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vigo
Sección: 6
Nº de Recurso: 881/2015
Nº de Resolución: 198/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00198/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

AV

N.I.G. 36057 42 1 2015 0014280

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000881 /2015

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de VIGO

Procedimiento de origen: FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0001215 /2014

Recurrente: Jose Francisco , Agustina

Procurador: MARIA JOSE LORENZO ZARANDONA, MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ

Abogado: MARIA GARCIA COLMEIRO, EVA MARIA PEREZ VICENTE

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JUAN ALFAYA OCAMPO, Presidente; DON JULIO PICATOSTE BOBILLO y DON **EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS**, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 198

En Vigo, a Dieciocho de Abril de dos mil dieciséis.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Familia Guardia Custodia Ali. Hij. Menor 1215/14 procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 881/15, en los que es parte **apelante** -dte.: Jose Francisco , representado por el Procurador Dª MARIA JOSE LORENZO ZARANDONA y asistido del letrado Dª MARIA GARCIA COLMEIRO; y, **apelada** -dda: Agustina representada por la procuradora Dª Mª AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ y asistido del letrado Dª EVA MARIA PEREZ VICENTE con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Ilma. Magistrada DON **EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS** quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Vigo, con fecha 29 de Mayo de 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"En la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Lorenzo Zarandona, en nombre y representación de D. Jose Francisco , como demandante, contra Dña. Agustina , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Nogueira Fos en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal, hago los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor a la Sra. Agustina , siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

Segundo.- El Sr. Jose Francisco podrá comunicar y tener en su compañía a su hija en los términos establecidos en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Tercero.- El Sr. Jose Francisco satisfará en concepto de alimentos a favor de su hija menor la cantidad de 200 euros mensuales que serán ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto designe la madre y que será actualizada anualmente conforme la variación del Índice de Precios al Consumo que indique el Instituto Nacional de Estadística.

Cuarto.- Ambos progenitores satisfarán por mitad los gastos extraordinarios de su hija menor, teniendo esta consideración entre otros, los gastos médicos (tratamientos quirúrgicos, ortopédicos, odontológicos, psicológicos u ópticos...) y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, y no teniendo esta consideración los libros de texto, material escolar, matrícula, uniformes, transporte escolar ni actividades extraescolares.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas."

Con fecha 1 de Septiembre de 2015 se dictó auto aclaratorio de la sentencia cuya parte dispositiva dice:

" SE ACLARA Y COMPLETA la sentencia de fecha 20 de mayo de 2015 en el sentido de que en el fundamento de derecho tercero de la sentencia se debe incluir que cuando la menor esté bajo la custodia y en compañía de la progenitora, el Sr. Jose Francisco podrá también estar en compañía de su hija dos tardes a la semana que en defecto de acuerdo serán martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20.30 horas, de 2014 en los siguientes términos:"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de Jose Francisco , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 14 de Abril de 2016.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la sentencia de instancia dictada en el presente proceso more uxorio se atribuye la guarda y custodia de la hija de la pareja Fermina a la madre y se establece que el padre podrá comunicar y tener en su compañía a su hija cuando el señor Jose Francisco permanezca en España con un máximo de dos semanas al mes, cada uno de los progenitores podrá estar en compañía de la menor dos tardes a la semana en los períodos en que se encuentra con el otro, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, un mes de vacaciones en verano y las vacaciones de Semana Santa en años alternos. Se fijó una pensión de alimentos en 200 euros/mes, así como la mitad de los gastos extraordinarios.

Ambas partes litigantes recurren la sentencia de instancia discrepando de la valoración de la prueba efectuada en la misma. Así don Jose Francisco solicita que se fije la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores dejando sin efecto la fijación de pensión de alimentos y debiendo asumir por mitad ambos los gastos de la hija incluidos los de carácter extraordinario. Por su parte doña Agustina interesa la fijación de un régimen de visitas de fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares, pudiendo tener en su

compañía a la menor los días que la madre tenga guardias de 24 horas, proponiendo un régimen de visitas subsidiario para el caso de mantenerse la comunicación fijada en la sentencia de instancia; así como fijación de la pensión en 600 euros/mes.

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia se decretó que la menor queda bajo la guarda y custodia de la madre, siendo la patria potestad compartida, pero al establecer el régimen de comunicación entre el padre y la hija lo cierto es que de facto han acordado un régimen de custodia compartida al fijarse en dos semanas al mes siempre que el padre se encontrase en España y no en el extranjero por razones de trabajo.

Debemos recordar la doctrina jurisprudencial sobre la guarda y custodia compartida; y así la STS Sala 1ª de 21 de octubre de 2015 ha señalado que "Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: La interpretación del artículo 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 de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "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" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 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 , define ni determina, 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". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar 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, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014).

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 del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".

Concluye la citada sentencia afirmando que la guarda y custodia compartida "la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible". En dicha resolución, en la que se otorga un sistema de custodia compartida se señala que "el sistema adoptado tiene un tan amplio régimen de visitas que es prácticamente similar al de custodia compartida. En este sentido la Sentencia de 22 de octubre de 2014 , cuando declara que, "De acuerdo con el art. 92, en relación con el art. 90, ambos del C. Civil se ha de entender que no concurre óbice alguno para la adopción del sistema de custodia compartida, dado que no se aprecia conflictividad entre los padres que lo desaconseje y la relación del padre con el menor es también lo suficientemente entrañable como para posibilitar un contacto más estrecho, que "de facto" ya se viene dando". Es decir, si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida.

En el presente caso, como hemos indicado, se estableció de facto tal sistema de custodia compartida por quincenas, y procede ratificar de iure dicha situación al resultar acreditado la idoneidad de ambos progenitores para el cuidado de la hija menor común. De hecho al declarar en la vista doña Agustina manifiesta que la hija no se ha visto afectada en su rendimiento escolar por la situación que vive y considera que Jose Francisco

era un buen padre cuando estaba con ella. El padre además ha adquirido una vivienda cerca de la que fue domicilio familiar y en la que vive la señora Agustina con sus hijos, por lo que con ello se produce un menor quebranto para la menor. El hecho de que la señora Agustina tenga dos hijos de una anterior relación y que el principio general sea el de evitar separar a los hermanos no puede constituirse en un instrumento para fijar una custodia compartida cuando en este caso dicha solución se considera la más beneficiosa para la menor.

La anterior declaración conlleva dejar sin efecto el pronunciamiento de instancia sobre comunicación del padre con la menor, sin perjuicio de que ambos progenitores puedan ponerse de acuerdo cuando cualquiera de ellos tenga problemas o dificultades laborales, bien sea por guardias médicas o por tener que efectuar viajes de trabajo al extranjero.

A la vista de los ingresos de ambos litigantes no resulta preciso fijar pensión de alimentos, ya que cada uno de ellos proveerá lo preciso para el cuidado de la hija cuando la tenga en su compañía, debiendo ambos asumir por mitad la totalidad de los gastos que excedan de los derivados de la mera convivencia, ya sean de carácter ordinario o extraordinario.

Lo expresado conlleva la estimación del recurso de apelación interpuesto por don Jose Francisco y la desestimación del planteado por doña Agustina .

TERCERO.- En materia de costas causadas en esta alzada por el recurso de apelación interpuesto por don Jose Francisco resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 398-2 LEC , conforme al cual en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Respecto al recurso de apelación interpuesto por doña Agustina , resulta de aplicación lo previsto en los arts. 394-1 y 398-1 LEC , conforme al cual cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña María José Lorenzo Zarandona, en representación de don Jose Francisco , y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Auxiliadora Ruiz Sánchez, en nombre y representación de doña Agustina , contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vigo , revocamos la misma y declaramos la guarda y custodia compartida por quincenas de ambos progenitores respecto a la hija menor Fermina , sin que haya lugar a fijar pensión de alimentos y debiendo asumir ambos por mitad los gastos ordinarios y extraordinarios que excedan de la mera convivencia, sin que proceda hacer especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada respecto al recurso interpuesto por don Jose Francisco y con imposición a doña Agustina de las costas ocasionadas en su recurso.

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

Se declara la pérdida del depósito constituido por doña Agustina para recurrir, al que se dará el destino legal.

Procédase a la devolución del depósito constituido por don Jose Francisco .

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .