

Nº de Resolución: 186/2019

Fecha de Resolución: 14/02/2019

Nº de Recurso: 294/2018

Jurisdicción: Civil

Ponente: MARIA JOSEFA RUIZ MARIN

Procedimiento: Recurso de apelación

Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimocuarta

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020

Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.049.00.2-2016/0003972

Recurso de Apelación 294/2018

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 03 de DIRECCION000

Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso 527/2016

APELANTE: D./Dña. Paula

PROCURADOR D./Dña. CRISTINA BOTA VINUESA

APELADO: D./Dña. Estanislao

PROCURADOR D^a BEATRIZ AYLLÓN CARO

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma. Sra. D^a MARIA JOSEFA RUIZ MARIN

SENTENCIA N^o 186

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilma. Sra. D^a María José de la Vega Llanes

Ilmo. Sra. D^a MARIA JOSEFA RUIZ MARIN

En Madrid, a catorce de febrero de dos mil diecinueve

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24^a de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas con el n^o 527/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n^o 3 de DIRECCION000

De una, como apelante, D^a Paula representada por la Procuradora D^a Cristina Bota Vinuesa

Y de otra, como apelado, D. Estanislao representado por la Procuradora D^a Beatriz Ayllón Caro

Siendo parte el Ministerio Fiscal

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA JOSEFA RUIZ MARIN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO .- Que en fecha 2 de junio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia n^o de, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en sustancia la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Estanislao frente a D.^a Paula, debo acordar y acuerdo la modificación de las medidas definitivas adoptadas en sentencia n.º 89/2014 de 24 de junio de 2011 dictada por este Juzgado en los autos de divorcio de mutuo acuerdo n.º 736/2010 en el siguiente sentido:

Primero.- Se atribuye la guarda y custodia sobre el hijo común menor de edad al padre D. Estanislao, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, sin que ninguno de ellos pueda decidir sobre el lugar de residencia del hijo común menor de edad sin el consentimiento del otro progenitor o atribución judicial de esta facultad, a los efectos de los arts. 2.8 y 11 b) del Reglamento del Consejo 2201/2003 , si dicha elección interfiere en el desarrollo del sistema de visitas.

Segundo. El régimen de estancias y visitas de la progenitora no custodia con su hijo menor se determinará libremente por los padres en interés filial, exhortándose a ambos a que lleguen a acuerdos sobre el particular.

En caso de controversia, el hijo común menor de edad permanecerá en compañía de la madre una tarde intersemanal que, en caso de controversia, será la de los miércoles, fines de semana alternos, el primer período de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa en años pares y el segundo período de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa en años impares.

La tarde intersemanal será, a falta de acuerdo, la de los miércoles y se extenderá desde la salida del instituto o centro de estudios al que acuda el menor hasta las 20:30 horas, recogiendo la madre al menor en dicho centro de estudios y reintegrando al menor al domicilio familiar a la hora establecida. Si dicho día fuere festivo, el menor permanecerá en compañía de la madre desde las 11:00 horas hasta las 20:30 horas.

Los fines de semana comprenderán desde el viernes a la salida del instituto o centro en que curse sus estudios el menor hasta las 20:30 horas del domingo. En caso de fin de semana largo, el período de permanencia del menor con la madre padre se extenderá desde la salida del instituto o centro de estudios el último día lectivo hasta las 20:30 horas del último día no lectivo.

El primer período de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa se extenderá desde las 11:00 horas del primer día no lectivo, hasta las 20:30 horas de los días 31 de julio, 30 de diciembre y Miércoles Santo respectivamente. El segundo período de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa se extenderán desde las 11:00 horas de los días 1 de agosto, 31 de diciembre y Jueves Santo, respectivamente, hasta las 20:30 horas del último día no lectivo. En los períodos vacacionales quedará suspendido el régimen de visitas de fin de semana. En todos los casos se aplicarán criterios de flexibilidad en los horarios, admitiéndose pequeños retrasos que no puedan estimarse de carácter extraordinario.

Las entregas y recogidas del menor, en los casos en los que no deban efectuarse a través del instituto o centro escolar, habrá de hacerse en el domicilio del mismo, bien por los propios progenitores, bien por personas autorizadas por los mismos a dicho fin, siempre que sean suficientemente conocidos por el menor. A tal efecto será el progenitor que no tiene atribuida la custodia quien acudirá al domicilio o centro de estudios a recoger al menor y lo reintegrará posteriormente a su domicilio en las horas y días establecidos. Ambos progenitores fomentarán la comunicación del menor con el progenitor con el que no se encuentre en cada momento, y podrán comunicar con el menor diariamente siempre ello no interfiera con la vida ordinaria del menor.

En caso de duda sobre los días festivos y períodos vacacionales, se atenderá al calendario escolar oficial publicado por la Comunidad Autónoma en que se ubique el centro en que curse sus estudios el menor.

Se fija la obligación para ambos progenitores de acudir a los servicios sociales de DIRECCION001, cuando sean citados, a fin de que se les proporcionen pautas para restablecer una comunicación entre ellos que permita a ambos ejercer su parentalidad con la necesaria responsabilidad, debiéndose en las sesiones que se establezcan fijarse estrategias comunes encaminadas a superar la mala situación académica del menor.

Tercero. Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en DIRECCION001 y el mobiliario de uso ordinario de la familia al hijo común menor de edad y al padre por permanecer en su compañía. Ello en tanto el menor alcance la independencia económica o se encuentre en condiciones de alcanzarla conforme a los postulados de la buena fe.

Cuarto. Declarando extinguida la pensión alimenticia fijada en su día a cargo del padre y en beneficio de los hijos de las partes, se fija como contribución de D.^a Paula al sostenimiento del hijo común menor de edad, Roberto. y del hijo mayor de edad, Romulo, la cantidad de doscientos euros mensuales por cada uno de ellos. Dicha cantidad se actualizará con arreglo a las variaciones experimentadas por el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle el 1º de junio de cada año, teniendo lugar la primera actualización el primero de junio de 2018 y será satisfecha por el progenitor no custodio por meses anticipados cada uno de los doce meses del año, entre el 1 y el 5 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta corriente que al efecto designe el padre, sin perjuicio de abonar los gastos de los hijos en los períodos de tiempo en que permanezcan en su compañía, hasta que éstos alcancen la independencia económica o se hallen en condiciones de alcanzarla conforme a la buena fe.

Los gastos extraordinarios sanitarios de los hijos que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguro médico, se abonarán por mitad por cada progenitor previa acreditación de su importe. El mismo criterio se seguirá respecto de los gastos de urgente realización. En ambos casos será precisa la justificación de su importe.

Los restantes gastos extraordinarios que pudieran originarse para la atención de los hijos se sufragarán igualmente por ambos progenitores por partes iguales, previo consentimiento por parte de cada progenitor. No tienen dicha consideración los gastos de colegio, alimentación, vestido, material escolar y similares que se hallan incluidos dentro de la suma fijada para su sostenimiento. Por el contrario, expresamente tendrán la consideración de gasto extraordinario los gastos de dentista, ortodoncia, ortopedia, gafas, lentillas o similares, prescritos por especialista, así como los de actividades extraescolares, logopeda, pedagogo o similar que puedan necesitar los hijos.

Quinto. Las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios en que se integra el domicilio familiar y los gastos de suministro de dicha vivienda serán satisfechas por el padre en tanto se mantenga la atribución del uso del domicilio familiar y mobiliario de uso ordinario de la familia al hijo menor de edad y al padre por permanecer en su compañía.

Manteniendo en sus restantes términos las medidas fijadas en la sentencia n.º 89/11 de 24 de junio de 2011.

Todo ello con imposición a la demandada de las costas que se hayan generado con ocasión del presente procedimiento. "

TERCERO.- Notificada la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de D^a Paula al que se opuso de contrario en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

Mediante providencia de fecha 27 de febrero de 2018, se señaló el día 13 de febrero de 2019 para deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de DIRECCION000, en fecha 2 de junio de 2017.

SEGUNDO .- Por la representación de la señora Paula se interpuso recurso de apelación, alegándose una errónea valoración de la prueba respecto de la custodia del hijo menor de edad al progenitor, que se constituye única y exclusivamente por la voluntad de este y sin referencia a un solo aspecto que sea más beneficiosa que la opción de custodia por la progenitora, que la viene ejerciendo desde hace mucho tiempo y se instrumentaliza al menor para la exploración, y se le permite escaparse del domicilio unos días antes de la vista condicionando esta y éste no termina antes de las ocho de la tarde de trabajar y llega al domicilio a las 8:30 y no puede ocuparse y se hace un injustificado castigo a la madre y al menor.

Igualmente se alega en cuanto a la situación económica de esta y no se puede considerar que haya cerrado voluntariamente su negocio, ni provocado su situación económica y se recurre igualmente en cuanto a la condena en costas, porque intentó una solución y no se puede hacer responsable de los efectos negativos de esta.

La resolución judicial manifestó en relación con lo que constituía la **guarda y custodia**, que **existía un deterioro de la relación del hijo con la madre paralelo a un desapego en relación con la figura materna, y expresando éste su descontento con la actitud de la madre y que comenzó a residir con su padre por las obras del local para una peluquería para esta y**

atender las obras no le dejaba tiempo para el cuidado y atención del menor y fue una solución razonable residir con el padre y como se alargaron las obras permaneció en su compañía casi un año, con un periodo muy largo y una habituación a la situación y no deseaba una vez finalizadas las obras volver a modificar sus hábitos y rutinas y residir con la madre, que pasaba además mucho tiempo en la peluquería y cuando terminaron las obras insistió en que volviera a residir con ella, y se escapó con una preocupante situación académica y conforme su deseo y la falta de comunicación de este con la madre, que inclusive es reacio a un régimen de visitas, por lo cual difícilmente se le puede imponer por la fuerza un régimen de custodia que no desea y por ello se modifica la custodia.

La **valoración probatoria** es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (STS 23-9-96), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador "a quo" hizo de toda la prueba practicada, por la que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al Juez "a quo" y no a las partes (STS 7-10-97) habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los Órganos Jurisdiccionales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1-3- 94). Y es que **las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios probatorios** (STS 25-1-93), en valoración **conjunta** (STS 30-3-88), con el predominio de la libre apreciación, que es potestad de los Tribunales de Instancia a efectos de casación, pero cuyo criterio también es predicable en parte respecto del recurso de apelación, porque el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero **quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica**, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. Por ello, dado que **los preceptos relativos a las pruebas practicadas no contienen reglas valorativas sino admoniciones** a los Jueces y una apelación a la sana crítica y el buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del Juzgador, **debe demostrarse que ha seguido, al establecer dicho nexo o**

relación, un camino erróneo, no razonable, contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio, constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que se ha de respetar en tanto no se acredite que es irrazonable.

Esta Sala se muestra absolutamente de acuerdo con las manifestaciones que se expresan en la resolución, que están basadas en las actuaciones y en la realidad constatada de la prueba practicada en esta, y fundamentalmente la exploración del menor que tiene 14 años y expresó su situación real y manifestó que vivía primeramente con la madre, y luego con el padre y sus preferencia en cuanto a la situación con una falta inclusive de contacto y con la figura materna y residiendo satisfactoriamente con el progenitor y su hermano y mostró su preferencia.

Por lo que la situación en la expresada y la resolución en cuanto a la custodia es adecuada al interés del menor, que se expresa en las actuaciones por este y el resultado de la prueba lo que es más beneficioso para ello, por lo que en base a lo anteriormente expresado, y en las consideraciones que se ratifican por esta resolución de la resolución recurrida procede la desestimación del recurso.

En cuanto a la **cuestión económica**, la sentencia estableció un régimen de visitas y una pensión de alimentos 200x mensuales y manifestó expresamente que lo hacía por la dependencia económica y aunque afirmaba la progenitora encontrarse en una situación de precariedad económica y manifestaba haber cerrado la **peluquería**, que abrió en el mes de enero de 2007 por **falta de clientela**, no había documentación que acreditase este extremo, y el menor afirma continuar residiendo en el piso anejo a la peluquería, y se había escapado precisamente de la misma, y resultando **difícilmente creíble invertir 11 meses para adecuar un local para ejercer una profesión, abrirse cuatro meses y se haya cerrado coincidiendo con la fecha del juicio para la contribución y sostenimiento de los hijos** siendo poco verosímil las manifestaciones de la situación económica y conjuntamente de su situación real para la tensión coincidiendo establecido por la petición del Ministerio Fiscal y los gastos del menor serían los propios de su edad en un criterio de proporcionalidad.

Fundamentación y razonamiento con los que esta Sala muestra su conformidad en su totalidad, y absolutamente lejos de lógica la expresada situación

económica de la progenitora que puede ejercer su profesión en otro lugar, en la forma y manera que tenga por conveniente por su cualificación, por lo que la cantidad establecida teniendo en cuenta las necesidades básicas del menor en la situación que se expresa, la cantidad establecida debe ser ratificada. Y entendida por esta Sala como ajustada a derecho la resolución judicial y se manifestó expresamente en cuanto a las costas que se hacía condena a la parte contraria y que en nada ha contribuido el presente procedimiento que podría haberse evitado a agravar más la inestabilidad y perjuicio y se hace imposición de las costas a la parte demandada.

Haciendo aplicación del criterio de vencimiento con esta Sala, se muestra de igual forma absolutamente de acuerdo y de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Procediendo en virtud de lo anteriormente expresado a la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución.

TERCERO.- Dada la índole de la materia discutida, no procede hacer una especial condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D^a Paula representada por la Procuradora D^a Cristina Bota Vinuesa frente a la Sentencia de fecha 2 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000, seguidos contra D. Estanislao representado por la Procuradora D^a Beatriz Ayllón Caro en autos de Modificación de Medidas nº 527/2016; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas en la segunda instancia.

Con pérdida del depósito constituido, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede haber la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, si se dan algunos de los supuestos establecidos en la

Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DIAS.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación en fecha , dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid, a
