



Roj: SAP B 6168/2014 - ECLI:ES:APB:2014:6168
Id Cendoj: 08019370122014100388
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 12
Nº de Recurso: 214/2013
Nº de Resolución: 375/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 214/2013-B

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 SANT BOI DE LLOBREGAT

GUARDA Y CUSTODIA CONTENCIOSO NÚM. 81/2012

SENTENCIA Nº 375/14

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

DON JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DOÑA MYRIAM SAMBOLA CABRER

En la ciudad de Barcelona, a once de junio de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Guarda y custodia contencioso, número 81/2012 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 5 Sant Boi de Llobregat, a instancia de Dña. Tarsila , representada por el procurador D. DAVID GÓMEZ CODINA y dirigida por la letrada Dña. JUDITH GAY SORRIUS, contra D. Evelio , representado por el procurador D. ÁLEX MARTÍNEZ BATLLE y dirigido por el letrado Dña LOURDES PEÑA ENRÍQUEZ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 6 de febrero de 2012, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: " Que desestimando la demanda formulada por Tarsila , representada por el Procurador David Gómez Codina, contra Evelio , representado por el Procurador Álex Martínez Batlle, en solicitud de la atribución a la actora de la guarda y custodia de la hija menor de edad de los litigantes, debo acordar y acuerdo las siguientes medidas:

1) La atribución de la guarda y custodia de Cecilia al padre, el Sr. Evelio , manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

2) La fijación de un régimen de visitas a favor de la madre, la Sra. Tarsila , que en defecto de mejor acuerdo entre ambos progenitores, consistirá en:

- Fines de semana alternos desde el viernes a las 17.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas, ampliándose a los festivos inmediatamente consecutivos -tanto anteriores como posteriores- respecto a los fines de semana en que el disfrute de la menor corresponda a la madre.

- Mitad de las vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa, dividiéndose en períodos de quince días las correspondientes a las vacaciones estivales.

La elección de los períodos de disfrute corresponderá al padre los años pares y a la madre los años impares.

En todo caso, la madre recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio paterno.

3) El establecimiento de la cuantía mensual de 150 euros en concepto de pensión alimenticia a favor de la menor y a cargo de la madre, importe que se abonará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe el Sr. Evelio . La referida suma se actualizará anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el I.P.C. publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Ambos progenitores, asimismo, sufragarán por mitad los gastos extraordinarios del menor, tales como los gastos médicos no cubiertos por el sistema de Seguridad Social y las actividades extraescolares o lúdicas decididas de común acuerdo entre los cónyuges.

No se hace especial pronunciamiento sobre costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones, y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial. Habiéndose solicitado, se practicó prueba en esta alzada, con el resultado que obra en el rollo.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2014.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO .- La representación de la parte recurrente, actora en el litigio, impugna la sentencia que ha establecido las medidas reguladoras de los efectos de la ruptura de la unión estable de pareja que existió entre los litigantes. Se sostiene en el recurso que la dejación de los deberes paternofiliales que el demandado ha realizado al delegar en sus propios padres (abuelos paternos), los cuidados de la niña, debido a la inestabilidad producida por la enfermedad que padece el mismo (esquizofrenia paranoide), le impide dedicarse adecuadamente a la menor, por lo que solicita que quede sin efecto la custodia paterna y que sea encomendada la custodia individual a la madre, así como que, en consecuencia, se fije la contribución a los alimentos de la menor a cargo del padre en cuantía de 250 # mensuales más la mitad de los gastos extraordinarios.

El Ministerio Fiscal y la parte demandada, se oponen al recurso e interesan la confirmación de la sentencia de primera instancia en base a los mismos argumentos aducidos en la contestación a la demanda.

SEGUNDO .- Con el recurso se traslada a la Sala lo que ya ha constituido la controversia esencial del proceso y ha sido resuelto con base en el resultado de las pruebas practicadas en la primera instancia, y con los argumentos extensamente expuestos en el fundamento de derecho segundo de la resolución que se impugna.

La opción por confiar la custodia de la hija menor al padre se fundamenta, esencialmente, en que fue la propia madre la que, al finalizar la relación que mantuvo con el demandado delegó de forma tácita en los abuelos paternos los cuidados e la menor que ha seguido conviviendo con el padre en el núcleo familiar de éste que es, efectivamente, el domicilio de sus propios padres en el que la niña, tal como lo ha percibido la juez de primera instancia, está perfectamente atendida, feliz, debidamente escolarizada y realizando numerosas actividades extraescolares gracias al soporte material que le prestan sus abuelos paternos, que disponen de una sólida base económica.

La parte recurrente no niega ni desmiente la dedicación de los abuelos, especialmente de la abuela paterna, a la menor, pero manifiesta que si bien es cierto que en el momento de la ruptura de la relación con el demandado la madre carecía de entorno estable en que poder tener a su hija, no tenía trabajo y estaba atravesando una situación de gran angustia debida a la decisión de separarse que había adoptado, una vez superada esta etapa piensa que lo mejor para la hija es pasar a convivir con la madre. Alega que en ningún

momento su representada ha abandonado a la menor, puesto que la ha seguido viendo todas las semanas, ha mantenido contacto telefónico frecuente con ella y ha procurado participar en todas las decisiones relativas a la niña en la medida en la que le han dejado. En este aspecto sostiene que la abuela paterna ha pasado a suplantar de alguna manera la responsabilidad parental en exclusiva, decidiendo unilateralmente lo que a la niña le conviene o le perjudica según su propio y personal criterio.

De los elementos de prueba practicados, esencialmente los interrogatorios de las dos partes tanto en la vista de medidas como en el proceso principal, así como de los exhaustivos interrogatorios de los abuelos paternos y el de la perito psicóloga, doctora Martina , que realizó el informe aportado por la parte actora, se desprende con claridad, a juicio de esta Sala, que la madre dispone en la actualidad de un entorno laboral y familiar estable y positivo en el que puede acoger de forma natural a su hija Cecilia , una niña nacida el NUM000 .2007 que cuenta en la actualidad con seis años de edad, a la que le prestó directamente sus atenciones directas en los tres primeros años de vida, manteniendo posteriormente, y hasta la fecha, un contacto regular con la misma, de manera que los vínculos afectivos y de apego materno-filiales no se han deteriorado y permanecen firmes con un alto grado de implicación de ambas, tal como el informe psicológico aportado pone de manifiesto y ha sido reconocido por los testigos propuestos por el demandado, es decir, por sus propios padres, cuidadores de facto de la menor.

La idoneidad de la madre para realizar las funciones parentales ha quedado acreditada plenamente. Es cierto que la conflictiva etapa vivida por los litigantes durante el proceso de ruptura, especialmente después de que el demandado padeciera un brote de la enfermedad que le aqueja (que era desconocida hasta entonces por la actora), y las peculiares circunstancias en las que vivía la pareja, dependiente en todo de la familia paterna en cuyo negocio incluso trabajaba la demandante como dependiente, condicionó que la decisión adoptada por la misma de salir de aquella situación fue sumamente traumática para ella, que había sido censurada por su propia familia precisamente por el desacuerdo de sus propios padres en que formalizara la relación con el demandado. Éste ya había presentado problemas conductuales e incluso había tenido una hospitalización grave tras una agresión producida en el entorno de sus actividades juveniles, de la que él mismo fue víctima de la acción violenta una banda de delincuentes juveniles.

La actora salió del domicilio familiar, propiedad de los padres del demandado, y durante dos años ha procurado rehacer su entorno vital y laboral, trabajando en diversas empresas hasta obtener un trabajo estable en la actualidad. Ha reanudado la relación con sus propios padres, abuelos maternos de la niña, y ha estabilizado también su vida afectiva con la convivencia con una nueva pareja. La estabilidad de la nueva relación de la actora ha sido también analizada también en el informe psicológico que concluye, en este aspecto, que es positiva y que facilita la inserción inmediata de la menor en el núcleo familiar materno.

La idoneidad del demandado para ejercer en exclusiva las funciones parentales no ha quedado probada puesto que, aun cuando consta que el control de la enfermedad que padece es constante, que está asintomático y centrado en la ayuda que presta a sus padres en el negocio familiar, disponiendo de carnet de conducir y de diversos títulos que le acreditan como buen profesional en el ámbito de la medicina alternativa, el reiki (o método de curación por medio de la imposición de las manos) y la naturoterapia, en relación con la menor tiene delegadas las funciones en sus padres, actuando en la práctica como soporte y ayuda al ejercicio de las funciones de guarda y cuidados de la menor que es la abuela materna la que las ejerce.

En conclusión, las circunstancias que concurren son en la actualidad muy diferentes de las que se describen en la resolución que se impugna. La demandada ha consolidado su situación personal afectiva y materialmente. La dedicación del padre hacia la hija presenta, como consecuencia de las circunstancias descritas, graves carencias que, si bien son ajenas a la positiva predisposición del mismo a desempeñar con toda dedicación sus funciones parentales, implica que la niña está de facto bajo la tutela de los abuelos paternos, sin que exista en la realidad, y ni siquiera se haya alegado la concurrencia de circunstancias que puedan justificar la privación de la potestad que corresponde natural y legalmente al padre y a la madre. La privación de la potestad a los progenitores es condición legal para que pueda ser constituida una tutela a favor de terceras personas idóneas, como es evidente que son los padres del señor Evelio , que son la verdadera parte demandada en este proceso, a pesar de que la relación jurídico procesal se haya establecido como contienda legal exclusiva entre el padre y la madre de la menor.

TERCERO .- El artículo 236-1 del Código Civil de Catalunya establece que son los progenitores los que tienen la potestad sobre los hijos menores de edad, y que el ejercicio directo por ellos es una función inexcusable del padre y de la madre que ha de ejercerse personalmente en interés de los mismos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar el pleno desarrollo de la misma (artículo 236-2).

El objeto de lo que se ha de enjuiciar en este caso no es la actitud de los abuelos de la menor para el ejercicio de las funciones de guarda, que no solo han sido reconocidas y valoradas muy positivamente por la demandante, sino que han quedado plenamente acreditadas en el proceso. Más aún, sin la acogida de la menor por parte de los abuelos tras la ruptura de la relación de los progenitores, esta niña habría quedado abandonada y en situación de riesgo. Afortunadamente el esfuerzo y sacrificio de los mismos hacia su nieta ha permitido que la misma crezca en un ambiente feliz, con las necesidades materiales cubiertas, cerca de su padre y, especialmente se ha de resaltar, facilitándose por los mismos la más amplia comunicación y relación de la niña con su madre.

No obstante también se ha de considerar que el acogimiento y la dedicación a la menor por parte de los abuelos fue voluntaria, sin que mediara el ejercicio de una acción de privación de la potestad de los padres que probablemente hubiera resultado procedente en su momento, constituyéndose la tutela formal en favor de ellos. Sin menoscabo del reconocimiento de la función realizada hasta ahora de facto, la decisión de lo que se discute en este recurso de apelación se ha de adoptar considerando que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos consecuentes a la ruptura de los progenitores se han de adoptar siempre en beneficio de los mismos, sin atender a otras consideraciones ni a la mejor conveniencia de los propios progenitores ni de la familia extensa u otras personas que hayan intervenido como acogedores o cuidadores.

La decisión sobre la custodia de la menor se ha realizar ponderando la mayor idoneidad de uno y otro progenitor, aun cuando el entorno de la familia extensa pueda ser relevante para completar matizar o reforzar la alternativa que se considere más apropiada para el interés de la niña.

En este aspecto se ha de señalar también que los planes de parentalidad que han sido aportados por una y otra parte son muy deficientes, puesto que se limitan a realizar declaraciones abstractas que nada reflejan del caso concreto. Curiosamente los dos documentos aportados como plan de parentalidad han sido formalmente extraídos de un mismo modelo, cambiando los nombres del padre y de la madre, lo que puede servir para dar cumplimiento a la exigencia legal de que se presenten con la demanda y la contestación, pero que son notoriamente inútiles y nada aportan al tribunal para el conocimiento real de la situación y el entorno, ni de las razones que cada una de las partes tiene para proponer una planificación de lo que considera que son las líneas de actuación para el cumplimiento del deber de cuidar de la menor, de prestarle el soporte afectivo y material, de concebir el tipo de relación más apropiada con el otro progenitor, de decidir los aspectos más importantes que condicionarán su desarrollo personal o de proponer un sistema práctico y necesario para resolver las controversias. Los planes de parentalidad presentados más que una radiografía de los núcleos familiares concretos de la demandante y del demandado son el boceto de una estructura vacía de contenido, aplicable a un número indeterminado de casos despersonalizados.

En conclusión, de los elementos que han resultado de las pruebas practicadas y, de conformidad con lo que establece el artículo 233-9 del CCCat, al que se remite el 234-7 del referido texto legal, resulta procedente establecer que la niña resida habitualmente con la madre en el domicilio que la misma tiene en la ciudad de Valls, así como que en el próximo curso académico sea matriculada y siga su proceso escolar en un centro educativo de la referida localidad. Es una medida que no se adopta como premio ni sanción para ninguno de los progenitores ni tampoco para quienes han sido guardadores de facto de la menor, sino en interés de la niña y, especialmente en su proyección hacia el futuro, considerando esencial el vínculo de apego de esta menor con la madre de cara a las etapas de pubertad y adolescencia de la hija.

El establecimiento de la residencia habitual con la madre debe realizarse, no obstante, con la condición de que queden aseguradas y potenciadas las relaciones entre el padre y la menor, así como entre ésta y los abuelos paternos, por lo que procede fijar un amplio régimen de comunicación, visitas y estancias de la niña con los mismos. Se ha de apereibir a la madre de que será de su responsabilidad que la relación con el padre y los abuelos discurra de la forma más favorable para los intereses de la hija de tal manera que su obstaculización puede implicar la modificación de la guarda en caso de que se constate el incumplimiento de tal deber. **A tal fin se impone a ambos progenitores que cualquier medida futura que sea trascendente para el cambio deberá ser consensuada acudiendo, en caso de imposibilidad de acuerdo, a procedimientos de mediación familiar.**

Habida cuenta de que la residencia del núcleo familiar materno radica en Valls y el paterno en Santa Coloma de Cervelló, y que las visitas intersemanales durante el curso escolar no son razonables por la distancia ni son apropiadas para la estabilidad de la niña, se considera más apropiado establecer que las relaciones de la menor con el padre se concentren durante el curso escolar en fines de semana alternos, ampliados hasta el lunes a la entrada al colegio, así como todos los festivos que no coincidan con el fin de

semana, la mitad de las vacaciones de navidad y verano, e íntegramente las de semana santa. Se prevé también la comunicación telefónica o telemática cada dos días.

En consideración a que el padre dispone de un alto grado de estabilidad económica por la colaboración con el negocio de su familia, y que la demandante también cuenta con trabajo estable como dependienta y comparte los gastos de la vivienda con su actual pareja, se considera proporcionada la aportación paterna a los alimentos de la hija en la cifra de 220 # mensuales más la mitad de los gastos extraordinarios (los que sean imprevisibles y necesarios). **Los demás gastos extraescolares deberán ser pactados por los progenitores en procedimientos de mediación, si fuere preciso, y en caso de desacuerdo sometidos a decisión judicial dirimente e inapelable.**

CUARTO .- La estimación del recurso implica que no proceda especial declaración sobre costas causadas en esta instancia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Tarsila , contra la Sentencia de fecha 6 de julio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº CINCO de SANT BOI DE LLOBREGAT , sobre guarda y custodia de menor, (autos nº 81/2012), en el que ha sido parte demandada y apelada DON Evelio , con intervención del MINISTERIO FISCAL, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución impugnada en lo relativo a los siguientes pronunciamientos; a) se atribuye la guarda individual de la hija común, Cecilia , a la madre, pasando a convivir habitualmente con la misma en su residencia habitual de Valls una vez haya finalizado el presente curso escolar 2013/2014; b) la relación y estancias de la menor con el padre y los abuelos paternos será, durante el curso escolar, de fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el siguiente lunes a la entrada del colegio, más los días festivos intersemanales (desde la salida del colegio el día precedente hasta las 21.00 horas del propio festivo, ampliándose, en su caso, si existiese posibilidad de "puente escolar"); las vacaciones de semana de semana corresponden al padre completas, desde las 12 horas del día siguiente a la finalización de las clases, hasta las 21.00 horas del día anterior al inicio de las mismas; las vacaciones de navidad se repartirán por mitad (primer periodo -hasta el 31 de enero a las 18.00 horas- en los años pares al padre, y a la madre en los impares); en las de verano la niña estará con la madre los últimos días de junio y los primeros de septiembre; en cuanto a los dos meses centrales (julio y agosto), se repartirán por quincenas de tal manera que correspondan al padre los primeros periodos en los años pares y el segundo en los impares; durante las estancias con el otro progenitor, el que no esté con la niña podrá mantener contacto telefónico cada dos días con la misma; todo ello salvo acuerdo debidamente documentado entre los progenitores; c) la responsabilidad de los desplazamientos entre el domicilio paterno y el materno será del padre durante el curso escolar, y de la madre en los periodos vacacionales, quedando expresamente facultados los abuelos u otras personas allegadas para realizar materialmente los traslados; d) El padre contribuirá a los alimentos de la menor soportando los gastos de la misma cuando la tenga en su compañía e ingresando en la cuenta que designe la madre, la cantidad de 220 # mensuales en los cinco primeros días de cada mes, y en los doce meses del año, con efectos desde el primero de agosto de 2014; esta cifra se deberá actualizar por el obligado al pago, sin necesidad de requerimiento previo, cada primero de año, con el IPC del año anterior; e) la madre cubrirá el resto de los gastos y necesidades de la hija, incluidos la educación, el vestido y la sanidad, salvo los extraordinarios, es decir, los que sean necesarios e imprevisibles, que serán soportados por mitad; f) todas las decisiones que afecten a la vida de la menor y las actividades extraescolares o de otra naturaleza, deberán ser consensuadas si fuere preciso por procedimientos de mediación, o sometidos, en caso de imposibilidad del acuerdo, a decisión judicial dirimente e inapelable, al igual que los gastos que se deriven de las mismas. No se hace pronunciamiento especial sobre las costas de la alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ