

Id Cendoj: 28079370222010100449
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 22
Nº de Recurso: 136/2010
Nº de Resolución: 451/2010
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ELADIO GALAN CACERES
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 22

MADRID

SENTENCIA: 00451/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 22

C/ FRANCISCO GERVAS N: 10 (PLANTA 12*)

Tfno.: 914936204-05-06-07- Fax: 914936210

N.I.G. 28000 1 7001220 /2010

Rollo: RECURSO DE APELACION 136 /2010

Proc. Origen: JUICIO VERBAL 576 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 29 de MADRID

De: Secundino

Procurador: VICENTE RUIGOMEZ MURIEDAS

Contra: Sofía

Procurador: BEATRIZ DE MERA GONZALEZ

SENTENCIA

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. D^a. Carmen Neira Vázquez

_____ /

En Madrid, a dieciocho de junio de dos mil diez.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de relaciones paterno filiales, bajo el nº 576/09, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de

Madrid, entre partes:

De una, como apelante, don Secundino , representado por el Procurador don Vicente Ruigómez Muriedas.

De otra, como apelada, doña Sofía , representada por la Procuradora doña Beatriz de Mera González.

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 17 de septiembre de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Sofía contra DON Secundino , procede acordar que las relaciones paterno-filiales se regirán por las siguientes medidas:

1.- El hijo menor de edad quedará en compañía y bajo la custodia de la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

- Doña Sofía podrá retirar sus efectos personales y los de su hijo de la vivienda conyugal y en la vivienda situada en Campo de Criptana.

- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con el hijo menor, el derecho de visitarle, comunicar con él y tenerlo en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de los hijos, y en caso de discrepancia, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos: tener consigo al hijo menor en fines de semana alternos, desde las 19 horas del viernes, hasta las 20 horas del domingo. Una tarde a la semana, en caso de falta de acuerdo el miércoles de 18 a 20 horas, mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes en verano, julio o agosto, correspondiendo la primera mitad a la madre en los años impares, y al padre en los años pares, correspondiendo en cada caso respectivo la otra mitad al otro progenitor.

- El menor pasará con el padre el día del padre y el cumpleaños del padre y con la madre el día de la madre y el cumpleaños de la madre. El cumpleaños del menor lo pasará con cada progenitor por años alternos comenzando por la madre.

- La entrega y recogida se hará en el punto de encuentro del Ayuntamiento correspondiente al domicilio del menor.

- Los padres acudirán al CAF que corresponde al domicilio del menor al objeto de recibir orientaciones para una comunicación adecuada.

- El progenitor que no esté con el niño podrá hablar con él una vez al día sobre las 20 horas conforme acordaron las partes.

- En concepto de pensión de alimentos, Don Secundino abonará a Doña Sofía la cantidad de 400 euros mensuales, pagaderos por anticipado, que será ingresada directamente en la cuenta que se designe por la parte. Dicha cantidad será actualizada anualmente con efectos de 1º de enero de cada año, de acuerdo con la variación experimentada pro el Índice General de Precios al Consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

- Cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del hijo que carece de independencia económica siempre que estén de acuerdo en ello, debiendo acreditarlo documentalmente y de modo fehaciente. Si el gasto que tenga que realizarse fuera médico, no estuviera cubierto por la Seguridad Social o Entidad médica correspondiente, y fuera necesario, deberá abonarse al 50% por cada progenitor, debiendo constar el acuerdo a la elección del facultativo y del tratamiento.

- No se hace expreso pronunciamiento en costas.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Mediante recurso de APELACION ante la Audiencia Provincial de Madrid (*artículo 455 LEC*).

Este recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (*artículo 457.2*).

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

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación legal de doña Sofía escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 17 de los corrientes.

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 formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, interesa el planteamiento de la cuestión prejudicial ante El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por considerar que se ha propiciado un proceso no imparcial y no equitativo, interesando la nulidad del juicio y de la sentencia, por considerar contaminado negativamente el juzgado para resolver las cuestiones planteadas.

A esta primera pretensión, de orden formal y procesal, no es posible acceder por cuanto que no existe motivo alguno para plantear dicha cuestión prejudicial, pues basta analizar las actuaciones para concluir que se han observado escrupulosamente las normas procesales que rigen el procedimiento, tanto en la fase de alegaciones, en lo que se refiere a escrito de demanda y contestación, alegaciones planteadas por medio de la comparecencia de medidas provisionales, observándose el principio de audiencia, defensa y contradicción, practicándose todas las pruebas que han sido necesarias y precisas para determinar la decisión judicial más beneficiosa en favor del hijo menor de edad, dictándose las oportunas resoluciones motivadas, tanto en fase de medidas provisionales, en el proceso principal, propiciándose pruebas periciales objetivas e imparciales, por medio de los técnicos habilitados para ello, que han utilizado las reglas técnicas y científicas oportunas y correctas para evacuar el oportuno informe a valorar por el tribunal, de modo que mal se entiende el alegato relativo al derecho a un proceso imparcial y equitativo, que, realmente, ha tenido lugar, como también es necesario concluir que no hay motivo alguno para declarar la nulidad del juicio y de la sentencia, pues al margen de las motivaciones contenidas en dicha resolución, es lo cierto que, y no puede olvidar ello la parte recurrente, la Sala está facultada para dar lugar a la oportuna motivación de los argumentos en pro del interés y el beneficio a proteger, que no es otro que el afectante al hijo menor, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 39* de la Constitución, *artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996*, y la Normativa Internacional aplicable, Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1959, y Resolución de 29 de mayo de 1967, del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas.

En este sentido, y amparada la decisión judicial adoptada tanto en el derecho interno como en el Ordenamiento Internacional, es claro que se ha tenido en cuenta en todos los casos que el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procesos relativos a la custodia sobre los mismos.

Por todo lo anterior, se rechaza la solicitud de formular cuestión prejudicial, así como las peticiones sobre nulidad que se han planteado.

SEGUNDO: Asimismo se plantea por la parte recurrente solicitud sobre guarda y custodia alterna, por días o semanas, con petición expresa sobre la investigación de la perito psicóloga señora Almeida, por considerar parcial el dictamen emitido, pretensión que se enlaza con aquella otra relativa al régimen de visitas consistentes en comunicaciones de lunes a jueves, y el resto de la semana en favor del otro

progenitor, o comunicaciones entre el sábado y el jueves.

En cualquier caso, se interesa el régimen de visitas en el período de verano por mitad, horario concreto en el día de Reyes, y comunicaciones telefónicas de 19 horas a 20 horas.

En modo alguno es posible propiciar en este procedimiento, ni en la instancia ni en la alzada, investigación alguna al respecto de la actuación profesional de los peritos que fueron designados en su momento para evacuar el dictamen que se ha emitido, y que ha sido convenientemente valorado, puesto que el hecho de no estar de acuerdo con dicho informe, ni con sus conclusiones, no implica la necesidad de descalificar profesionalmente a dichos peritos, hasta el punto y finalidad que persigue el recurrente, no habiéndose acreditado que no se hayan observado las reglas técnicas y científicas que se emplean habitualmente para evaluar la situación del grupo familiar y, en consecuencia, para emitir una valoración que deba ser examinada por el tribunal, tanto en la instancia como en la alzada.

Por ello, ni se asumen las críticas profesionales al trabajo efectuado por dicha perito, ni tampoco son de recibo aquellas otras críticas que se formulan contra la actuación del Ministerio Fiscal, todo lo cual hacen decaer los argumentos empleados, en este ámbito, para propiciar otra medida relativa a la custodia sobre el hijo menor.

TERCERO: Dicho lo que antecede, conviene recordar que, conforme dispone el *artículo 92 del Código Civil*, para resolver la medida sobre la custodia se debe atender a los elementos personales, familiares, materiales y sociales que concurren en la familia, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presentes y sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, cuando llegue el momento, dada la corta edad del hijo, en este momento, eligiendo el mejor clima de sosiego y equilibrio, en el ámbito familiar, para su desarrollo, y las mejores pautas de comportamiento de los progenitores, y aun siendo cierto que no es necesario entrar en criterios de descalificación personal de ninguno de estos, la cuestión tiene su respuesta a través del principio del beneficio del menor, que debe prevalecer sobre las legítimas pretensiones de ambos progenitores de ostentar la guarda y custodia sobre los mismos.

Por ello, y por cuanto que no se aprecia una incorrecta valoración de la prueba pericial psicológica practicada, ni del dictamen social evacuado, todo ello ratificado a presencia judicial en su momento, no existe motivo alguno para modificar la medida relativa a la custodia, que viene otorgada en favor de la madre, y puesto que la misma cuenta con aptitud suficiente para ejercer dicha función de modo correcto, como ya lo viene haciendo, aun aceptando que cuenta con la ayuda familiar oportuna, lo cual en este caso es positivo, pues, por lo demás, tampoco se aprecia que la situación psicológica de la madre constituya un obstáculo insalvable para el desarrollo de la función sobre la custodia del hijo menor de manera adecuada, pues no se observa ninguna anomalía en este ámbito que impida a la madre ejercer la custodia conforme al interés y el beneficio del hijo menor, pues no se olvide que dichas anomalías tienen en parte su origen en la problemática familiar vivida, lo que permite suponer que se producirá la importante mejoría tanto en el momento presente como para el futuro, contando la misma con la adecuada infraestructura personal, familiar, laboral, económica y material para procurar al menor todas las atenciones que precise, en todos los aspectos.

Sin embargo, no se observa motivo alguno para impedir el régimen de visitas del padre para con dicho hijo en dos tardes semanales, que, a falta de acuerdo, serán los martes y jueves, desde salida de guardería o colegio, o 17,30 horas, si es o no lectivo, a 20 horas, como tampoco existe inconveniente alguno para establecer el régimen de visitas en verano, por mitad, en lugar de los treinta días que establece la sentencia apelada, por lo que en estos apartados el recurso se estima parcialmente; en lo demás, se desestiman todas las pretensiones planteadas por el recurrente, puesto que las medidas acordadas sobre visitas y comunicaciones del padre para con el hijo aseguran la normalidad en la relación de afectividad entre aquellos.

CUARTO: Al estimar parcialmente el recurso, conforme al *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, no se hace declaración sobre condena en las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Vicente

Ruigómez Murieras, en nombre y representación de don Secundino , contra la sentencia dictada en fecha 17 de septiembre de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de Madrid , en autos sobre relaciones paterno-filiales nº 576/09, seguidos a instancia de doña Sofía contra aquél, y desestimando las peticiones sobre planteamiento de cuestión prejudicial y nulidad de actuaciones, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:

Primero.- El padre podrá estar con el hijo durante dos tardes de todas las semanas, a falta de acuerdo, martes y jueves, desde salida de guardería o colegio, o 17,30 horas, si es no lectivo, a 20 horas.

Segundo.- El padre podrá estar con el hijo durante la mitad del periodo de vacaciones de verano, y a falta de acuerdo la primera mitad estará el hijo con la madre en los años impares, y viceversa en los años pares.

Desestimándose el resto de las pretensiones planteadas, se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma, y de concurrir los requisitos al efecto exigidos en los *artículos 469 y 477* , en relación con la *disposición final decimosexta, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , podrán interponer, mediante escrito de preparación presentado en esta misma Sala en el término de 5 días hábiles, recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eladio Galán Cáceres; doy fé.