SAP, Civil del 29 de Enero del 2016 (ROJ: SAPCA 27/2016 - ECLI:ES:APCA:2016:27)

Recurso: 738/2015 | Ponente: CARLOS ERCILLA LABARTA

Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956 90 22 44 - 47. Fax: 956245271

N.I.G. 1100442C20150000535

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 738/2015

Asunto: 500768/2015

Autos de: Familia.Guarda/custod/alim.menor no matr.noconsens 126/2015

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº3 DE ALGECIRAS

Negociado: JR

Apelante: Penélope

Procurador: ANA MARIA ALONSO BARTHE

Abogado: FRANCISCO LOAIZA RAMOS

Apelado: Lorenzo y MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA JOSE ABOLLADO ALONSO

Abogado: JUANA RIVAS LEON

S E N T E N C I A nº: 36 / 2016

Presidente Ilmo Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos Sres.

Don Angel Sanabria Parejo

Dª Rosa Mª Fernández Núñez

Juzgado de Primera Instancia Algeciras nº 3

Procedimiento Guarda y Custodia de Menores nº 126/15

Rollo de Apelación núm 738

Año: 2015

En la ciudad de Cádiz a día 29 de Enero del 2016

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio sobre Guarda y Custodia de Menores, en el que figura como parte apelante D^a. Penélope , representada por la Procuradora Sra. Ana M^a Alonso Barthe, asistida por el Letrado Sr. Francisco Loaiza Ramos, y parte apelada D. Lorenzo , representado por la Procuradora Sra. M^a José Abollado Alonso, asistido por la Letrada Sra. Juana Rivas León; habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL; actuando como Ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON Carlos Ercilla Labarta.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.-

1º.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Algeciras, se dictó sentencia con fecha 21 de julio de 2015 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Doña María Rosa Vizcaíno Gámez, en nombre y representación de Doña Penélope contra Don Lorenzo , sobre guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas y pensión alimenticia respecto al hijo menor, DEBO ACORDAR Y ACUERDO las siguientes medidas:

1ª.- GUARDA Y CUSTODIA. Se acuerda que la guardia y custodia del menor será compartida por semanas de viernes a viernes recogiendo al menor el progenitor que le corresponda a la salida del colegio o, en caso de no tener colegio, a las 17 horas en el domicilio del otro.

El progenitor que no tenga la guarda del menor esa semana, podrá estar con él una tarde, que en defecto de acuerdo será el martes de 17 a 20 horas, recogiénolo y reintegrándolo en el domicilio del progenitor bajo cuya guarda se encuentre.

Las vacaciones de semana santa y navidad se repartirán por mitad, y las vacaciones de verano, que comprenden los meses de julio y agosto, se dividirán por quincenas alternas. En caso de desacuerdo en la elección de los periodos, la madre elegirá en los años impares y el padre en los pares. En el día de cumpleaños del menor y del progenitor en cuya guarda no se encuentre, podrá éste estar con el menor tres horas en horario de tarde de 17 a 20 horas.

2ª.- La patria potestad será compartida por ambos progenitores, debiendo ambos prestar el consentimiento para las decisiones de importancia extraordinaria que deban adoptarse, salvo que no fuere posible la consulta y sin perjuicio de lo establecido en el Código civil para los supuestos de desacuerdo entre ambos, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 de dicho cuerpo legal.

3ª.- No ha lugar a la fijación de pensión alimenticia alguna, debiendo cada progenitor hacerse cargo de los gastos del menor en los periodos que se encuentre en su compañía. Ambos padres contribuirán al 50% en los gastos extraordinarios que pudieran surgir.

Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este procedimiento."

2º.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D^a. Penélope se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial, dándose traslado del referido escrito de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.

3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose admitido la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para votación y fallo, tras lo cual se hizo entrega al lltmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

1º.- Debe examinarse en primer lugar la alegación que realiza la parte apelante en el punto tercero

de su recurso, referido a la infracción del art 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de falta de motivación de la sentencia, pues de estimarse el mismo debería entenderse la existencia de una nulidad de la sentencia que obligaría a devolver la causa al juzgado de procedencia para el dictado de una nueva resolución que cumpla convenientemente con la obligación de motivación establecida no solo en la Ley de Enjuiciamiento Civil sino en normas constitucionales. No obstante, la alegación realizada por la apelante carece de contenido, pues como se indicaba el resultado de una hipotética apreciación de tal defecto procesal determinaría la nulidad de la sentencia, no la revocación de la misma, lo que no ha pedido la parte, y siendo necesario para acordarla la solicitud de la misma, es evidente que no cabe su estimación, no obstante lo cual tampoco en cuanto al fondo se podría apreciar, pues como indica la STS 25 de Septiembre del 2015 entre otras, "basta con que se puedan conocer las razones fácticas y jurídicas de la decisión, para su control judicial en fase de recurso, sin que la exigencia de motivación autorice a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, ni pueda confundirse con una motivación satisfactoria para la parte".

2º.- Entrando en el fondo del asunto, se impugna por la apelante, como hizo en la instancia, la cuestión relativa a la fijación de una guarda y custodia compartida del hijo menor por parte de ambos progenitores, y a este respecto y como punto de partida indicar que en relación a la guarda y custodia compartida es doctrina general y actual, la establecida por el TS, entre otras en la STS de 18 noviembre 2014 con cita de la de 29 de abril de 2013 , en la que se indica 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". Debemos partir por tanto de que no es preciso señalar especiales circunstancias para que tal guarda y custodia compartida se pueda realizar, sino que será precisamente lo contrario en el sentido de que deberán ser las causas obstativas las que deberán acreditarse para denegar el sistema, siempre atendiendo a que se produzca el interés del menor, pues como indica 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 , definen ni determinan, 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". Como señala la STS de 22 julio 2011 "lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor", de donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. El mantenimiento de la guarda y custodia compartida, resulta sin duda la mejor solución para los menores por cuanto les permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación".

3º.- Establecido el sistema de guarda y custodia compartida e impugnado por la madre, es preciso indicar que en definitiva no se alegan por la misma circunstancias especiales que impidan la aplicación de dicho sistema o que acrediten que no sea adecuado para el hijo común, pues las alegadas malas relaciones de la pareja, no presentan una intensidad tal que determinen que ello pueda perjudicar la educación, desarrollo o desenvolvimiento del menor, pues como señala la STS, del 07 de junio del 2013 , "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor". En el presente supuesto el incidente relatado no parece que deba tener influencia negativa en el desarrollo del menor, por lo que no impide que pueda rechazarse el sistema de la guarda y custodia compartida por dicho supuesto, pero a mayor abundamiento, es preciso hacer mención de que precisamente este tipo de guarda requiere una mayor dedicación, respeto y tolerancia de ambos progenitores, así como una mayor relación en

orden al menor, por lo que deben limar las posibles disensiones existentes entre los mismos, siempre en aras a conseguir el interés del hijo común, pues en otro caso va a ser éste quien sufra las consecuencias de las desavenencias de los padres, quienes deben procurar que ello no se produzca. En cuanto a la situación del padre, el mismo no aparece que carezca de habilidades propias para atender a su hijo, y asimismo ha estado con él en su casa en diversas ocasiones, tiene asimismo una amplitud de horario de trabajo asequible con el sistema de guarda y custodia compartida, y tiene asimismo una colaboración por parte, tanto de su madre (abuela del menor), como de su propia pareja, que puede colaborar en los momentos en que el padre no esté o no pueda ocuparse del menor, por todo lo cual y no apreciándose motivos que determinen la incorrección de la resolución recurrida, debe desestimarse el recurso, confirmando la sentencia recurrida, sin hacer imposición al apelante de las costas de esta alzada, atendiendo al contenido de la apelación.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a. Penélope contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Algeciras en los autos de que este rollo trae causa, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, todo ello sin imposición al apelante de las costas de esta alzada, acordando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, y con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos