



Roj: **SAP MU 1995/2018 - ECLI: ES:APMU:2018:1995**

Id Cendoj: **30030370042018100557**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **722/2018**

Nº de Resolución: **589/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS MORENO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00589/2018

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: JML

N.I.G. 30027 41 1 2015 0005501

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000722 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000844 /2015

Recurrente: Roberto

Procurador: MANUEL SEVILLA FLORES

Abogado: FRANCISCO JAVIER ALCALA JARA

Recurrido: Inocencia , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA REMEDIOS PLANA RAMON,

Abogado: MARIA JOSE MILLAN GALINDO,

Ilmos. Sres.

Do n Carlos Moreno Millán.

Presidente

Do n Francisco José Carrillo Vinader

do n juan antonio jover coy

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a veintisiete de septiembre dos mil dieciocho.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de adopción de medidas en relación con los hijos menores que con el número 844/15 se han tramitado en el Juzgado Civil nº 3 de DIRECCION000 entre las partes, como actora y apelante, D. Roberto representado por el Procurador Sr. Sevilla Flores y dirigido por el Letrado Sr. Alcalá Jara; y como parte demandada y apelada, Dª



Inocencia , representada por la Procuradora Sra. Vinader Moreno y dirigida por la letrada Sra. Millán Galindo. Es parte el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Moreno Millán que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 1 de septiembre de 2017 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Se disponen las siguientes medidas paterno filiales en relación al menor Luis Miguel :

1.- *Se atribuye a la madre, Sra. Inocencia , la guarda y custodia del hijo común de los litigantes, declarándose la patria potestad de ambos progenitores conjunta.*

2.- *A favor del padre, Sr. Roberto , se fija el siguiente régimen de visitas: El Sr. Roberto podrá estar con su hijo las tardes de los miércoles de cada semana, desde la salida del colegio, hasta las 20,00 horas, así como fines de semana alternos, con pernocta, desde la salida del colegio los viernes hasta las 20,00 horas del domingo.*

*** Durante los periodos vacacionales (Semana Santa, verano y Navidad) disfrutarán los progenitores de estancias por mitad con su hijo; en caso de desacuerdo entre los progenitores, el menor estará la primera mitad de cada periodo vacacional con la madre los años pares, y con el padre los años impares. A los anteriores efectos:*

-Vacaciones de Semana Santa: La primera mitad del período vacacional comprenderá desde el primer día de vacaciones escolares a las 10:00 horas hasta las 20:30 horas del Domingo de Resurrección, y la segunda mitad desde el Lunes de Pascua a las 10:00 horas hasta las 20:30 horas del domingo siguiente.

-Vacaciones de Verano: Se establecen cuatro periodos de 15 días en los meses de julio y agosto. La primera mitad del periodo vacacional comprenderá las primeras quincenas (del día 1 al día 15, ambos inclusive), y la segunda mitad del período vacacional comprenderá las segundas quincenas (del día 16 al día 31, ambos inclusive). Las recogidas serán los días 1 y 16 a las 10:00 horas de la mañana y las entregas los días 31 a las 20:30 horas.

En los meses de julio y agosto, se establece una visita quincenal a efectuar por el progenitor que no goce de la compañía del menor, a no ser que se encuentre de viaje y a distancia inadecuada para efectuar la visita. El día será establecido por los padres dentro de los que se encuentren en mitad de quincena.

-Navidad: se establece dos períodos. El primero desde las 10:00 horas del día 24 de diciembre al 30 de diciembre a las 20,30 horas, y el segundo desde las 10:00 horas del 31 de diciembre al 6 de enero a las 13:30 horas.

**** La salida del territorio nacional del menor deberá consensuarse por ambos progenitores.*

3.- *En concepto de alimentos, el Sr. Roberto satisfará a la Sra. Inocencia , para su hijo la suma de 150 euros mensuales, en doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, sin necesidad de previo requerimiento alguno. Dicha cantidad, que se ingresará en el número de cuenta que designe la madre, se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero, de acuerdo con la variación que experimente el Índice de Precios de Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.*

Los litigantes deberán abonar, por partes iguales, y con independencia de los alimentos referidos, los gastos extraordinarios de educación y médicos del menor no cubiertos por la Seguridad Social, y demás gastos extraordinarios que pueda haber, y que excedan de éstos y de los ordinarios de alimentación, vestido, educación y asistencia médica.

Cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora que lo basó en error en la valoración de la prueba. Se dio traslado a la otra parte que se opuso al mismo.

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 722/18, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 26 de septiembre de 2018.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima en su integridad la acción ejercitada por la parte actora D. Roberto contra la demandada D^a Inocencia , tendente a la adopción de las correspondientes



medidas de índole económico-patrimonial y paterno-filial con respecto al hijo común Luis Miguel , nacido el día NUM000 2009, en el marco de la relación de convivencia mantenida entre las partes durante varios años.

La sentencia desestima la pretensión actora consistente en la atribución a dicho progenitor paterno de la medida de guarda y custodia del menor, y acuerda la ratificación de la custodia ejercida por la madre con fundamento en que tal medida se ha mantenido desde el nacimiento de Luis Miguel y que cualquier cambio al respecto podría resultar perjudicial para el niño.

La mencionada parte demandante muestra su disconformidad con el referido pronunciamiento judicial e interesa su revocación y el dictado de una nueva sentencia que declare la atribución a dicho progenitor de la custodia del menor.

Se alega la existencia de error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que en efecto, asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación de la sentencia de instancia.

La cuestión controvertida en estos autos y trasladada ahora a esta fase de apelación se concreta en determinar, con fundamento en el superior interés del menor, el modelo de custodia más adecuado y beneficioso para el mismo. Y en caso de optar por el régimen de custodia exclusiva si se atribuye tal medida a uno u otro progenitor.

Hemos señalado en precedentes sentencias, que la adopción de la medida de guarda y custodia de los hijos menores, y el establecimiento del correspondiente régimen de visitas debe garantizar el superior interés de los mismos. Es decir, la prevalencia de dicho interés del menor, por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres, parientes o allegados. Téngase en cuenta que el principio "favor filii" ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos, (arts. 92, 93, 94, 103-1, 154, 158 y 170 del Código Civil), y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 de la Constitución Española), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitra fórmulas con que garantizar o servir aquél interés , tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaren los doce años (art. 92.2 del Código Civil) y recabar el dictamen de especialistas que puedan colaborar con el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte.

TERCERO.- De conformidad con tal criterio jurídico-interpretativo examinado a tenor de la actividad probatoria practicada en estos autos, cabe afirmar inicialmente la inaplicación en este momento del modelo de custodia compartida. Y ello con fundamento, como así se expone en el informe pericial forense aportado a los autos, en la conflictiva relación entre los progenitores y además en la propia conducta de la madre que hace partícipe a su hijo de dicho conflicto y enfrentamiento. Téngase en cuenta como señala la STS de 29 de abril de 2013 que para la viabilidad de tal medida se han de valorar determinados criterios tales como el resultado de los informes exigidos legalmente y cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que será más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Por otro lado el contenido del referido informe pericial determina que en la situación actual la medida de custodia del menor debe atribuirse en exclusiva al progenitor paterno por cuanto de esta manera quedaría garantizado el denominado superior interés de Luis Miguel . Téngase en cuenta cómo de manera reiterada hemos manifestado que ese "bonus o favor filii", constituye el fin esencial y prioritario al que deben tender todas aquellas medidas que se adopten con respecto a los hijos menores de edad en los casos de crisis matrimonial o de relación análoga de pareja.

Consta acreditado que en este caso el comportamiento de la madre está afectando negativamente al menor. El citado informe pericial psicológico pone de manifiesto que la madre hace partícipe a su hijo del conflicto que mantiene con el progenitor paterno, lo que estaría provocando en el niño miedo y dolor emocional, máxime además valorando que la madre desvaloriza la figura paterna, al tiempo que interfiere obstaculizando la relación paterno filial. Obsérvese finalmente, como así expone la perito forense en su informe, que la persistencia de esas conductas de la madre con respecto a la relación paterno filial agravarían las consecuencias psicológicas que está ocasionando en el menor.

Entendemos en consecuencia, con fundamento en el superior interés de Luis Miguel , que debe atribuirse al padre la medida de guarda exclusiva del mismo. Valoramos al respecto la situación anterior ya descrita y a su vez la decidida aptitud y capacidad del progenitor paterno en orden a asumir la custodia de su hijo. Téngase en cuenta que dicho progenitor facilita en todo momento y potencia la relación del menor con su madre, no



desvalorizando en modo alguno la figura materna. Además la relación de Luis Miguel con su padre y con el entorno paterno es positiva. Existe un excelente vínculo afectivo paterno filial. Consta acreditada además la buena vinculación del menor con doña Natividad, la actual esposa del Sr. Roberto, con la que mantiene una óptima relación afectiva cuidando del menor de manera responsable.

Cabe afirmar por tanto que la atribución a dicho progenitor de la custodia exclusiva del niño va a redundar de manera positiva en el bienestar de Luis Miguel, garantizando así el denominado "bonus" o "favor filii" como antes decíamos. De esta manera se potenciarían los actuales sentimientos del menor, carentes ahora de afecto, al tiempo que se iría reduciendo de forma progresiva el daño emocional que sufre el niño en los términos antes mencionados.

El hecho de que el menor, como dice la perito forense, reciba los cuidados básicos de alimentación, higiene, vestido, etc. por parte de su madre encargada de su custodia en la actualidad, no constituye óbice alguno que impida o desaconseje el cambio de custodia que afirmamos. Y ello porque el beneficio, interés y cuidado de un hijo menor de edad, no se reduce sólo a tan elementales atenciones básicas, sino que también comprende otras de distinta naturaleza como las de índole afectiva y emocional de carácter esencial, en las que en este caso la conducta de la madre, está incidiendo de forma negativa. Cabe añadir finalmente que tampoco constituye inconveniente alguno al respecto el hecho de que la Sra. Inocencia esté ostentando la custodia del menor desde su nacimiento, por cuanto ese hecho no determina sin más el mantenimiento de dicha situación, sobre todo cuando afecta de forma negativa al interés del menor.

Procede por todo lo expuesto la estimación del presente recurso, atribuyendo al progenitor paterno la custodia del hijo Luis Miguel y fijando en favor de la madre un régimen de visitas amplio de fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, además de un día intersemanal (miércoles) desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas. Las vacaciones escolares de navidad, verano y semana santa se distribuirán por mitad entre ambos progenitores.

Con respecto a la pensión de alimentos se impone a la progenitora no custodia el pago de la cantidad de 150 euros al mes. Valoramos al respecto, en los términos señalados en el artículo 146 Código civil, las necesidades del menor y la disponibilidad económica de la madre, trabajadora administrativa en un locutorio. Entendemos que dicha cantidad goza de proporcionalidad máxime además cuando se sitúa en los umbrales del denominado "mínimo vital" reservado para aquellos casos de verdadera penuria económica, no acreditada en estos autos, o de ausencia o escasez de ingresos económicos tampoco existente en este caso.

Procede la estimación del presente recurso.

CUARTO.- Dicha estimación del recurso conlleva que no se efectúe declaración sobre las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC).

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Sevilla Flores en representación de la parte actora D. Roberto contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 3 de DIRECCION000 en el Procedimiento de Medidas en relación con los hijos menores nº 844/15, debemos **REVOCAR** dicha sentencia, dictando otra en su lugar por la que se atribuye al progenitor paterno en exclusiva la medida de guarda y custodia del hijo menor Luis Miguel, fijando en favor de la progenitora no custodia un régimen de visitas de fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, así como el miércoles de cada semana desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas, asumiendo dicha progenitora la recogida y retorno del menor. Las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano se distribuyen por mitad entre los progenitores.

Se acuerda con cargo a la progenitora no custodia el pago de una pensión de alimentos por importe de 150 euros al mes.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al ser estimado el recurso.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar



el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ