



AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1  
LEON

SENTENCIA: 00041/2014

ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN N.º. 348/13.

PROCEDIMIENTO DE FAMILIA N.º. 95/13, JUZGADO DE PRIMERA  
INSTANCIA N.º. 10 (FAMILIA) DE LEÓN.

25/03/2014  
FECHA DE NOTIFICACIÓN

SENTENCIA NÚM. 41/2014

Ilmos. Sres.

D.º. MANUEL GARCÍA PRADA.- Presidente.

D.º. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ.- Magistrado.

D.ª. ANA DEL SER LOPEZ.-Magistrada.

EN LA CIUDAD DE LEÓN, A VEINTIUNO DE MARZO DEL AÑO  
DOS MIL CATORCE.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia  
Provincial el recurso de apelación civil N.º. 348/2013, correspondiente al  
Juicio sobre Guarda y Custodia N.º. 95/2013 del Juzgado de Primera  
Instancia N.º. 10 (Família) de León, en el que ha sido parte apelante D.  
, representado por la Procuradora  
Sra. De Prado Sarabia, siendo parte apelada D.ª.  
, representada por el Procurador Sr. con  
intervención del **MINISTERIO FISCAL** y actuando como Ponente para  
este trámite la Ilma. Sra.

## I.-ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Ilmo. Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia Nº. 10 (Familia) de León dictó Sentencia en los referidos autos en la que se estima parcialmente la demanda interpuesta y se acuerdan las medidas de atribución de la guarda y custodia del menor ..... , hijo de los litigantes, a la madre ..... , quedando sujeto a la patria potestad de ambos progenitores; se señala el régimen de visitas a favor del padre; se atribuye al menor y al progenitor custodio el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar y se fija en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 350 euros, sin hacer declaración en materia de costas.

**SEGUNDO.-** Contra la relacionada resolución, que lleva fecha 31 de julio de 2013, se interpuso recurso por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, ante la que se personan dentro del término del emplazamiento y en legal forma las partes y seguidos los demás trámites se señaló el día 17 de Diciembre de 2013 para deliberación y fallo.

Por auto de fecha 10 de enero de 2014 se acordó la práctica de prueba en esta segunda instancia y la elaboración de un informe por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado. Con el resultado del informe se celebró VISTA el 12 de marzo de 2014, en la que se recogen las conclusiones de las partes y del Ministerio Fiscal, quedando el procedimiento para dictar Sentencia una vez deliberado el mismo día señalado para la Vista.



**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## **II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Cuestiones controvertidas.

La Sentencia dictada en Primera Instancia atribuye la custodia del menor a la madre fijando una pensión de alimentos a cargo del padre de 350 euros.

Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación por la representación del padre que insiste en sus anteriores argumentos y en la procedencia del cambio de custodia, solicitando con carácter subsidiario la custodia compartida. Alega que carece de fundamento sólido el otorgamiento a la madre y que el menor durante la relación pasó más tiempo con su padre con el que se generó un gran apego. Finalmente insta la reducción de la pensión de alimentos si no se modifica el régimen de custodia.

**SEGUNDO.-** Sobre la Guarda y Custodia. Petición principal del recurrente: atribución de la custodia al padre.

En primer lugar comenzamos por aceptar y dar por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia apelada y por remisión la del auto de medidas provisionales en el sentido de que no existe razón alguna que ponga de manifiesto que el cambio de custodia pretendido y su atribución en exclusiva al padre resultaría beneficioso para el hijo, cuyo interés, y beneficio (que no el de los litigantes) preside las decisiones que al respecto se adopten.

El recurrente insiste en el apego del menor y que fue él quien se ocupó principalmente del niño pero no señala ninguna circunstancia que permita considerar que no sea idónea la custodia acordada. No existe prueba alguna que ponga de relieve la inidoneidad de la madre para seguir ostentando la guarda y custodia del menor, ni que revele que el cambio pretendido por el recurrente fuera a resultar beneficioso para el niño y la cuestión es que no existen datos que avalen la necesidad o conveniencia de un cambio de custodia atribuyendo la misma al padre en exclusiva.

**TERCERO.-** Petición Subsidiaria del recurso: Custodia compartida.

Mayores dudas plantea la cuestión sobre la procedencia de acordar un régimen de custodia compartida. Debemos citar la reciente STS de 29 de Noviembre de 2013 que resume la doctrina del Alto Tribunal y señala: "La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: *"la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando 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". Es decir, 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. Ninguno los criterios utilizados en la sentencia se adecuan a esta doctrina: En primer lugar, 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 (*STS 22 de julio 2011*), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación "no tienen buenas relaciones", no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores. En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado

durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual". Como dice la *sentencia de 19 de julio de 2013*, lo que se pretende con esta medida es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".

Por ello, en este caso no puede descartarse la custodia compartida por las únicas razones que expone el Juez en la resolución recurrida. Ni las malas relaciones entre los progenitores ni la fijación de la custodia a favor de la madre en medidas provisionales son motivos que permitan mantener la decisión adoptada en Primera Instancia.

La STS de 12 de Diciembre de 2013 insiste en la línea antes expuesta en los siguientes términos: *"Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos"*.

custodia compartido que así denominaremos para evitar confusiones. Este régimen supondrá que la tarde del martes le corresponde al padre con pernocta, siguiendo la forma en que se fijó en la sentencia recurrida, y se amplía a la tarde del miércoles que igualmente la pasará con el padre con su correspondiente pernocta hasta el día siguiente en que la madre ya recogerá al niño del colegio.

Finalmente debe analizarse la suma que procede fijar en concepto de pensión de alimentos. En la práctica cada uno de los padres tendrá que atender las necesidades de alimentación de su hijo durante los periodos iguales que permanezca con el mismo. El uso de la vivienda familiar se mantiene a favor de la madre, en la misma situación en que ya ha sido establecido, porque esta medida es beneficiosa para el menor y está resultando en la práctica, sin que exista motivo alguno para atribuir el uso al padre que es lo que se pide en el recurso. Respecto de los demás gastos ordinarios del niño y para evitar discrepancias entendemos que resulta adecuado que la madre se encargue de organizar su adquisición en el caso de ropa y material escolar, así como del pago de los demás, tanto colegio, clases extraescolares.....etc, debiendo abonar el padre la suma mensual de 150 euros para compartir este gasto. Los gastos extraordinarios serán a cargo de ambos padres por mitad.

Todo ello, sin perjuicio de que el padre se ocupe de las necesidades mínimas que pueda tener el niño cuando se encuentre en su compañía, para evitar motivos de discrepancia.

**CUARTO.-** Costas.



Por lo expuesto, procede estimar el recurso, sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada por la naturaleza de las cuestiones controvertidas.

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

### FALLAMOS

**ESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación de D. .... contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia núm. 10 (Familia) de León de fecha 31 de Julio de 2013, en los autos de Juicio sobre Guarda y Custodia Nº. 95/13, **CONFIRMANDO** la misma en parte, salvo en lo siguiente: **SE ESTABLECE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA del menor a ambos padres.** En la práctica supondrá mantener el régimen de visitas acordado en la Sentencia recurrida con la ampliación de la tarde del miércoles que tendrá pernocta con el padre hasta el jueves en que la madre recogerá al niño a la salida del colegio. Se fija una pensión de alimentos que deberá abonar mensualmente el padre de 150 euros (con las correspondientes actualizaciones) para que la madre se encargue de la organización y pago de los gastos ordinarios del menor en el sentido argumentado en los fundamentos jurídicos de esta resolución. Se mantiene el resto de medidas acordadas en la Sentencia de Primera Instancia en cuanto no sean incompatibles con el contenido de esta resolución.

Todo ello totalidad, sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada.



Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir. Notifíquese a las partes personadas y remítase al SCOP para que continúe la tramitación.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

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