



Roj: **SAP MU 1500/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:1500**

Id Cendoj: **30016370052019100285**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **240/2019**

Nº de Resolución: **170/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

DIRECCION000

SENTENCIA: 00170/2019

Modelo: N10250

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (DIRECCION000)

-

Teléfono: 968.32.62.92. **Fax:** 968.32.62.82.

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JFS

N.I.G. 30016 42 1 2017 0009281

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000240 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. 1A. INSTANCIA N. 6 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0001665 /2017

Recurrente: Lucía

Procurador: CARMEN MARIA ESPINOSA MORENO

Abogado:

Recurrido: Mario

Procurador: ALEJANDRO VALERA COBACHO

Abogado:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION DE DIRECCION000

ROLLO DE APELACIÓN N ° 240/19

DIVORCIO CONTENCIOSO N° 1665/17

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 6 DE DIRECCION000

SENTENCIA N° 170

Ilmos. Sres.

Don Jacinto Aresté Sancho



Don Matías M. Soria Fernández Mayoralas

Don José Francisco López Pujante

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a 9 de julio de 2019.

La Sección de DIRECCION000 de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de juicio de divorcio núm. 1665/17 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada Dña. Lucía, representado por la Procuradora Sra. Espinosa Moreno y asistida por la Letrada Sra. Martínez Martínez, siendo parte apelada D. Mario, representado por el Procurador Sr. Valera Cobacho y defendida por la Letrada Sra. Albaladejo Lozano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000, en los referidos autos, tramitados con el núm. 1665/17, se dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva estima parcialmente la demanda, declarando la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre las partes, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los esposos hubiera otorgado a favor del otro, y aprobando con carácter definitivo de las medidas siguientes, en síntesis, la atribución de la custodia de las hijas y del domicilio familiar al Sr. Mario, el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre, la obligación a cargo de aquél del pago de una pensión de alimentos por importe de 150 euros por cada hija, la denegación de un régimen de visitas con cargo a los abuelos maternos, y todo ello, sin expreso pronunciamiento en materia de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada (la Sra. Lucía) en tiempo y forma, que fue tramitado conforme a lo dispuesto en el art. 458 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, oponiéndose al recurso tanto la parte demandante. Y remitidos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente Rollo de Apelación designándose Magistrado Ponente, y personadas las partes, se señaló el día 9 de julio de 2019 para la votación y fallo, una vez resuelta la proposición de prueba formulada por la parte apelante.

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Francisco López Pujante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante dedica la parte fundamental de su recurso a exponer las razones por las que, a su entender, debiera haber sido a ella (la madre) a quien se le atribuyera la custodia de las dos hijas menores, teniendo en cuenta la imposibilidad de establecer el régimen de custodia compartida ante el traslado de la misma a Madrid, donde tiene su residencia, régimen éste, que sería el aconsejable con carácter general. Para ello se hace un extenso alegato señalando que la juez "a quo" no ha tenido en cuenta el interés superior de las menores vulnerando la L.O. 5/1996, de Protección Jurídica del Menor, que solo se ha valorado que las hijas residen en DIRECCION000, sin tener en cuenta la afectación emocional que va a suponer para ellas el hecho de separarse de su madre (caso de mantenerse la custodia paterna), que del mismo modo que se ha producido un cambio de centro de educación en una de las menores tampoco se producirían mayores problemas de adaptación en caso de trasladar la residencia de las mismas a Madrid, que durante el matrimonio ha sido la madre la que ha cuidado de las hijas mientras que el padre ha dedicado su tiempo y esfuerzo a su actividad laboral, que de los informes periciales resulta el apego de las hijas a su madre, que la razón fundamental de que la madre cambiara su residencia a Madrid fue de carácter laboral, no el hecho de que allí resida también su actual pareja sentimental, así como que el rígido horario laboral del padre (con guardias de fin de semana) dificulta la atención a las hijas, siendo que carece de apoyos familiares en DIRECCION000, o que la misma estabilidad laboral del padre la tiene la madre. Subsidiariamente, caso de desestimarse la anterior petición, se formulan otras relativas a los traslados de las menores y su recogida.

La parte apelada (el padre) y el Ministerio Fiscal se oponen aludiendo, fundamentalmente, a las razones que ya recoge la sentencia.

SEGUNDO.- Se debe partir para la resolución del recurso interpuesto de la imposibilidad de acordar el que debiera ser el régimen de custodia más aconsejable para el interés de las dos hijas como es el de custodia



compartida, teniendo en cuenta que la madre trasladó su residencia a Madrid, puesto que (con independencia de la razón fundamental) allí tiene desde julio de 2018 su empleo y su pareja sentimental con la que convive, por lo que las dos menores se encuentran desde septiembre del mismo año bajo la custodia del padre, con quien residen.

Es decir, que lo anterior obligaba a la juez "a quo" a decidir entre uno u otro progenitor, quien es el que debía ejercer la custodia de las dos hijas, María Cristina y María Inés, de ocho y cuatro años respectivamente, y a hacerlo teniendo en cuenta la similar o igual aptitud de ambos progenitores, pues según los informes periciales obrantes en autos, padre y madre se encuentran plenamente capacitados para ejercer la custodia de las menores " *sin encontrar ningún elemento que a nivel psicológico nos lleve a considerar como mejor opción la custodia materna o paterna* ".

Partiendo de estas premisas, este tribunal no puede sino ratificar los acertados razonamientos de la Juez "a quo" para, teniendo en cuenta la dificultad de la decisión, atribuir la custodia de las menores al padre. Es este quien tras la decisión de la madre de ir a residir a Madrid se viene ocupando de las menores, lo que lleva haciendo desde hace un año y diez meses aproximadamente, sin que conste ningún incidente digno de destacar, ni mencionar, que ponga en duda la función que viene desarrollando. Es cierto que es la madre la que ha venido ejerciendo tal función durante el matrimonio, mientras que el padre se ocupaba preferentemente de su actividad laboral, pero ello no nos parece razón suficiente como para atribuir la custodia a la madre, pues como resulta de los informes psicológico y social, ambos progenitores están capacitados igualmente, y el padre así lo ha venido demostrando durante todo este periodo, y el interés superior de las menores desaconseja, a nuestro juicio, lo que, de hecho, supondría un nuevo cambio de custodia. Del mismo modo, y por razones de elemental sentido común, también desaconsejan un cambio de ciudad de residencia, con todo lo que ello conlleva en cuanto a la alteración de costumbres, hábitos de vida, amistades y centro de educación, siendo que la mayor de las hijas ya cursa tercero de primaria; entiéndase que no decimos que no se pueda hacer un cambio de este tipo, o que ello necesariamente conlleve graves problemas afectivos en un menor (de hecho una de las menores acude ahora a otro centro de educación distinto), sino que no vemos razones de suficiente peso que (siempre desde el punto de vista del interés de las menores) lo justifiquen, y desde luego, la solicitud recientemente formalizada por el padre solicitando cambio a un centro de educación distinto en la misma localidad que el anterior (DIRECCION000) no justifica tampoco un cambio mucho mayor, como el pretendido, ni es comparable este posible cambio de centro escolar con el que tendría lugar caso de estimarse el recurso. Del mismo modo, tampoco la conducta del padre solicitando tal cambio sin contar con el consentimiento de la madre, pese a lo que la sentencia apelada establece en orden a la patria potestad conjunta, es una razón de tal entidad que permita reconsiderar los argumentos hasta ahora expuestos.

Tampoco nos parecen atendibles los argumentos que giran en torno a los apoyos familiares de que dispone la madre, frente a aquellos de los que carece el padre, primero porque el hecho de tener en Madrid tíos y primos no creemos que sea una razón de peso, teniendo en cuenta que no se trata de parientes próximos, desconociendo igualmente la cercanía de tales parientes con el domicilio o centro de estudios en el que fueran a residir o cursar las menores y, por el contrario, es en DIRECCION000 donde residen en la actualidad quienes hasta ahora han sido el principal apoyo de ambos progenitores en el cuidado de los menores, los abuelos maternos.

Por todo ello, entendemos que debe ratificarse plenamente la decisión de la sentencia apelada en lo que a este punto se refiere.

TERCERO.- En cuanto a las peticiones subsidiarias, primero respecto de donde y quien debe hacer la recogida de las menores, no nos parece adecuada la primera solución propuesta, consistente en establecer un lugar intermedio entre Madrid y DIRECCION000 para proceder a la entrega de las menores, teniendo en cuenta que en dicho lugar no existe ningún elemento (como una vivienda o familiares cercanos) que pueda ayudar en caso de que ocurriera cualquier imprevisto, y sí en cambio, la otra opción propuesta por la apelante, de modo que en cada fin de semana en que la madre deba estar con los menores (dos de cada tres), sea ella quien las recoja del domicilio paterno el viernes, y el padre quien las recoja al terminar dicho periodo (el domingo) a las horas establecidas en la sentencia apelada, y ello, por entender que de este modo se distribuye mejor la carga que supone la recogida y devolución de las menores, que en la sentencia se adjudica exclusivamente a la madre. En este sentido, se pide en el recurso la "posibilidad de trasladar a las menores a Madrid en los fines de semana cuyo disfrute corresponda a la madre, sin embargo, entendemos que no es necesario pronunciamiento alguno en este sentido desde el momento en que la sentencia apelada no establece ninguna restricción en este punto. Y del mismo modo habrá de procederse en los periodos vacacionales, debiendo ser la madre quien los recoja en el domicilio paterno, y el padre quien los devuelva en el materno.

Y, en consonancia también con lo solicitado en el recurso, se faculta a los abuelos maternos para ser ellos quienes puedan recoger a las menores del domicilio paterno al inicio de cada periodo, ya sea fin de semana, o vacacional.



CUARTO.- Por último, al desestimarse la pretensión impugnatoria relativa al régimen de custodia, ello lleva implícita la desestimación de la pensión de alimentos que la madre pedía (en cuantía de 250 euros por hija) caso de atribuírsele la custodia, por lo que se mantiene la pensión establecida de 150 euros por hija que la sentencia impone a la madre, teniendo en cuenta que tal pronunciamiento no ha sido impugnado por el padre.

QUINTO.- Constituye criterio mantenido con anterioridad por esta Sección- entre otras sentencias de 23 de marzo de 2010 , 31 de mayo de 2011 , 5 de junio de 2012 , que pese al sentido de la presente resolución, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada, pues, no obstante el tenor del apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al que se remite su artículo 398, constituye un criterio o uso habitual adoptado por los tribunales de no imponer las costas a ninguna de las partes en los procesos matrimoniales.

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

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Espinosa Moreno, en representación de Dña. Lucía , contra la Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de DIRECCION000 , debemos REVOCAR la misma únicamente en los siguientes extremos: 1) que en cada fin de semana en que la madre deba estar con los menores, sea ella quien las recoja del domicilio paterno el viernes, y el padre quien las recoja al terminar dicho periodo (el domingo) a las horas establecidas en la sentencia apelada, siguiéndose igual criterio respecto de los periodos vacacionales en que las menores deban estar con la madre; y, 2) se faculta a los abuelos maternos para que puedan también recoger a las menores al inicio de los periodos de disfrute que corresponda a la madre. No ha lugar a realizar declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial 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.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, salvo que fuese posible interponer el recuso de casación por interés casacional, lo que sólo acontecerá si la resolución de ese recurso presentase interés casacional, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y en los criterios que viene manteniendo al respecto el Tribunal Supremo. Y si fuese admisible el recurso de casación por interés casacional, también cabría interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los términos legalmente previstos.

Los recursos señalados deberán interponerse, en su caso, ante este Tribunal y dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente Sentencia.

Asimismo, Se advierte a las partes que a la interposición, en su caso, del recurso deberá haberse consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad bancaria correspondiente un depósito de 50 euros, debiendo ser acreditada la constitución de dicho depósito en el mismo momento de interposición del recurso, sin cuya acreditación se producirá la inadmisión a trámite del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, en el Rollo de Sala núm. 240/2019, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.