



Roj: **SAP M 11888/2021 - ECLI:ES:APM:2021:11888**

Id Cendoj: **28079370242021100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **19/10/2021**

Nº de Recurso: **458/2021**

Nº de Resolución: **860/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EMELINA SANTANA PAEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimocuarta Bis

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020

Tfno.: 914936211

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.1-2019/0042824

**Recurso de Apelación 458/2021**

**SECCIÓN DE REFUERZO 1 TFNO. 91 493 01 91**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid

Autos de Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 59/2019

**APELANTE:** D. Arcadio

PROCURADORA Dña. MARIA DEL MAR SERRANO MORENO

**APELADO:** Dña. Celsa

PROCURADORA Dña. ROCIO MARSAL ALONSO

MINISTERIO FISCAL

**Ponente:** **ILMA. SRA. D<sup>a</sup> EMELINA SANTANA PAEZ**

**S E N T E N C I A N<sup>o</sup> 860/2021**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMA SRA. PRESIDENTA:**

Dña. EMELINA SANTANA PAEZ

**ILMAS SRAS. MAGISTRADAS:**

Dña. NATALIA VELILLA ANTOLÍN

Dña. MARIA JESÚS LÓPEZ CHACÓN

En Madrid, a 19 de octubre de 2021.

Vistos en grado de apelación por la Sección 24ª Bis (Refuerzo) de esta Audiencia Provincial, los autos de procedimiento de Juicio Verbal nº 59/2019, procedentes del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid, y seguidos entre partes:

De una, como apelante, D. Arcadio , representado por la Procuradora Doña María del Mar serrano Moreno.



Y de otra, como parte apelada, Doña Celsa , representada por la Procuradora Doña Rocío Marsal Alonso.

Siendo parte el Ministerio Fiscal y Ponente la Magistrada de la Sala II<sup>ma</sup>. Sra. D<sup>a</sup> EMELINA SANTANA PAEZ, que expresa el parecer de la misma.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Que en fecha 30 de noviembre de 2019, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid, se dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor: " *Que ESTIMANDO en parte la demanda interpuesta, por la Procuradora Doña Rocío Marsal Alonso, en representación de D<sup>a</sup> Celsa , frente a D. Arcadio , representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María del Mar Serrano Moreno, DEBO ACORDAR Y ACUERDO la siguientes MEDIDAS PATERNO FILIALES Y ALIMENTARIAS respecto de la hija común de los litigantes, Genoveva :*

1<sup>a</sup>.- Se atribuye la GUARDA Y CUSTODIA de la hija menor de edad de la pareja, Genoveva , a la madre D<sup>a</sup> Celsa , manteniéndose el EJERCICIO CONJUNTO Y COMPARTIDO POR AMBOS PROGENITORES, DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (Patria Potestad), sobre dicha menor.

Este EJERCICIO COMPARTIDO Y CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD supone que las decisiones importantes relativas a la vida de la menor serán adoptadas por ambos progenitores de MUTUO ACUERDO, (a obtener a través de sus Abogados o terceras personas, mientras estén vigentes las medidas de Alejamiento y prohibición de comunicación entre ellos), y, en caso de discrepancia resolverá el Juzgado, conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil.

A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la Patria Potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

- a) Cambio de domicilio de la menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.
- b) Elección inicial o cambio de centro escolar.
- c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.
- d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones)
- e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de la menor y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su hija.

2<sup>a</sup>.- NO HA LUGAR a efectuar pronunciamiento sobre atribución del USO DEL DOMICILIO Y AJUAR FAMILIARES, al no haberse solicitado expresamente, dado que la madre y la menor viven en una Casa de Acogida.

3<sup>a</sup>.- Establecimiento de un RÉGIMEN DE VISITAS a favor del progenitor no custodio, consistente en que se habilite el servicio del Punto de Encuentro Familiar de forma efectiva, DOS TARDES (SÁBADO Y DOMINGO) del ÚLTIMO FIN DE SEMANA DE CADA MES, en horario a fijar por los responsables del Punto de Encuentro Familiar de Madrid que les sea asignado, de común acuerdo con ambos progenitores, en horario de tarde , durante UNA HORA cada día, sin necesidad de supervisión directa de personal cualificado de dicho Centro, pero sin que el padre pueda ausentarse del mismo con la menor, debiendo remitirse informe trimestral al Juzgado, del desarrollo de tales visitas.

El régimen precedente se establece, sin perjuicio del derecho de los progenitores de pedir la Modificación de tal régimen, en el correspondiente procedimiento Judicial de Modificación de Medidas Definitivas, en caso de que la evolución de las visitas sea tan favorable que así lo aconseje.

4<sup>a</sup>.- CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS: El padre habrá de contribuir en concepto de PENSIÓN DE ALIMENTOS, para la hija común, con la cantidad de CIENTO OCHENTA EUROS (180 Euros) mensuales, con efectos de la fecha de la presente resolución, pagaderos por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe o tenga designada la receptora, y, sin perjuicio de que el padre, voluntariamente, como lo ha venido realizando hasta la fecha ingrese cantidades superiores en favor de su hija.



La cantidad correspondiente al presente mes de noviembre, habrá de ingresarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, si no hubiera sido ya entregada.

Dicha cantidad se actualizará anualmente, dado que en este caso, supone la elevación a definitivas de las acordadas en medidas provisionales, cada 1º de enero, en proporción a las variaciones que experimenten el índice de precios al consumo (IPC), que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya, siendo la primera revisión en el 1º de enero de 2021.

5ª.- GASTOS EXTRAORDINARIOS Ambos progenitores habrán de abonar por mitad e iguales partes, aquellos GASTOS EXTRAORDINARIOS que puedan surgir en la educación y atención sanitaria de la hija común, siempre que tales gastos no estén cubiertos por los sistemas públicos de Educación y Sanidad, y previo acuerdo de ambos progenitores sobre la necesidad y conveniencia de tales gastos, salvo en casos de urgencia. (Obtenido a través de terceras personas, en caso de existir medidas de alejamiento y prohibición de comunicación entre los progenitores)

El progenitor que proyecte la realización del gasto deberá notificarlo de modo fehaciente al otro, recabando su consentimiento, que se entenderá prestado tácitamente si en el plazo de diez días naturales siguientes al requerimiento no mostrare de forma expresa y fehaciente su oposición.

Si alguno de tales gastos hubiera de realizarse urgentemente de forma inexcusable, sin tiempo de obtener el acuerdo del otro progenitor, el que satisfaga la totalidad del gasto habrá de justificar documentalmente, con aportación de copia de factura o recibo, el importe satisfecho, a fin de que el otro progenitor liquide el porcentaje establecido del gasto correspondiente.

6ª.- Se establece la PROHIBICIÓN DE SALIDA de la menor del territorio nacional, incluido a países del Territorio Schengen, así como de EXPEDICIÓN DE PASAPORTE a su favor, salvo consentimiento expreso de ambos progenitores, o, en caso de desacuerdo, mediante autorización judicial, debiendo comunicarse dicha resolución a las autoridades pertinentes, responsables del Control de Fronteras y de expedición de pasaportes, así como a la Embajada de Senegal en España.

7ª.- No procede hacer pronunciamiento en costas, habida cuenta de los intereses que se protegen en este tipo de procedimientos, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**TERCERO.**- Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Arcadio a fin de conseguir su revocación modificándose las siguientes medidas:

1.- Que se atribuya la guardia y custodia de la hija menor común al padre, con el mismo régimen de visitas en favor de la madre y

2, subsidiariamente que se reduzca la pensión de alimentos en la cuantía de 125 euros mensuales y, subsidiariamente en la cuantía que estime conforme a Derecho esta Superioridad

**CUARTO.**- Frente a tal pretensión por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de Dª Celsa presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

**QUINTO.**- Recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 19 de octubre de 2021.

**SEXTO.**- Que en la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO.- Antecedentes

Por la representación procesal de D. Arcadio se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 30 de noviembre de 2019 impugnando los pronunciamientos relativos a la atribución de la guarda y custodia de la hija menor, y pensión de alimentos.

### SEGUNDO.- Competencia judicial internacional y ley aplicable

En primer lugar, debe señalarse dada la **nacionalidad** de ambos litigantes, que los tribunales españoles tiene competencia judicial internacional para resolver las medidas relativas a la responsabilidad parental de la niña al constar acreditado que la menor tiene residencia habitual en España, donde nació y reside desde entonces, por lo que concurre el foro de competencia que recoge el artículo 8 del Reglamento (CE) No. 2201/2003,



del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En relación a la pensión de alimentos, los tribunales españoles son competentes de conformidad con lo dispuesto en Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos, ya que concurre el foro competencial de la residencia habitual del acreedor de alimentos y del lugar de la residencia habitual del demandado, al residir toda la unidad familiar en Madrid, desde hace años, pues consta acreditado que los 4 hijos, aunque 3 de ellos estén en Senegal, han nacido en España.

En cuanto a la ley aplicable, en materia de responsabilidad parental, la norma de conflicto fijada en el art. 9.6 del C. Civil establece que "La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo", resultando aplicable la ley española conforme al art. 15 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2011.

En relación a la pensión de alimentos, el art. 9.7 del C. Civil establece que "La Ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya". El R. 4/2009 antes citado remite a través de su art. 15 al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Conforme al art.3 del citado Protocolo establece que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa, por lo que en consecuencia, es aplicable la *lex fori*.

### **TERCERO.- Respecto al régimen de guarda y custodia de la hija común, Genoveva , nacida en Madrid el día NUM000 de 2016 .**

Examinados los anteriores presupuestos, y en relación a la custodia de la hija, la sentencia de instancia acuerda la atribución de custodia de la hija menor de edad, a la madre, por los siguientes razonamientos: *"Sin perjuicio de la actividad probatoria de ambas partes, al tomar la decisión al respecto, se hace preciso valorar otras cuestiones, tales como cuál de los progenitores tiene mejores condiciones para atender a su hija, quién le ha venido dedicando más tiempo en las etapas anteriores de la relación de pareja, la edad de la menor, etc., y sobre la base de la Documental practicada y las declaraciones de los padres litigantes en la comparecencia celebrada en la vista de Medidas provisionales coetáneas, y sobre todo, la consideración de con quién de los progenitores va a estar mejor atendida la menor en su régimen de vida diario, y el hecho de que el padre pasa varias temporadas fuera de España, puesto que acude periódicamente a Senegal, su país de origen, sin poder atender a su hija, salvo que se la llevara allí, procede otorgar, la GUARDA Y CUSTODIA de la menor, a la madre D<sup>a</sup> Celsa , con atribución del EJERCICIO COMPARTIDO Y CONJUNTO de ambos progenitores de la Patria Potestad sobre la menor."*

El recurso de apelación se fundamenta en que el padre se encuentra en mejor disposición que la madre para hacerse cargo de la guarda y custodia, por varios motivos: que la hija común forma parte de una familia de otros tres hermanos hijos comunes de la pareja que se encuentran en Senegal y sobre los que se dice, D. Arcadio ejerce en exclusiva la guarda y custodia. Añade que la razón de que se encuentren en Senegal no es otro que el de establecerse en su país de origen, en donde han nacido y en donde se encuentran todos sus familiares, "siendo la madre la única de la familia que ha decidido bajo su cuenta y riesgo permanecer en España, a pesar de no tener ningún arraigo y ni siquiera encontrarse en situación regular, sin visos siquiera de obtener un permiso de residencia". Considera que es necesario por el bienestar de la familia, su reagrupamiento en su país de origen, en donde Arcadio tiene posibilidad de trabajar y además cuenta con todo el apoyo familiar. Por último se basa en que la madre no tiene siquiera domicilio propio, sino que se encuentra en una casa de acogida, que redundaría en perjuicio de la menor.

Expuestos así las alegaciones de la parte recurrente, que no encuadran en un concreto motivo de apelación, más allá de su mera disconformidad con la valoración hecha por el juez a quo, parece desprenderse de tales argumentos que se denuncia un error en la valoración de la prueba practicada.

Debe recordarse que la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores debe ser respetada en tanto no se demuestre que el juzgador de instancia incurrió en error de hecho, valoraciones ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica.

En este sentido, la Sentencia Tribunal Supremo nº 4443/2014, de 3 de Noviembre de 2014 "Según consolidada jurisprudencia de esta Sala (STS de 8 de abril de 2014, RC nº 1581/2012 , con cita de las SSTs de 18 de febrero de 2013, RC 1287/2010 y 4 de enero de 2013, RC 1261/2010, entre las más recientes) la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de



infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad; de forma que procede la revisión probatoria:

- a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio;
- b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica o se adopten criterios desorbitados o irracionales;
- c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y
- d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias; sin que le sea factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones.

Tras el análisis de las pruebas practicadas, esta Sala llega a la misma conclusión que el juez a quo, y es que en estos momentos, la custodia materna es el sistema de guarda más beneficioso para la niña.

No solo porque el padre no ha acreditado un plan de custodia factible y cuyo cumplimiento garantice un mejor bienestar y desarrollo de su hija, sino porque el único que se alega es el traslado de la niña a Senegal, lo que aun en el supuesto de atribuirle la custodia, sería legalmente imposible al ser ésta una decisión inherente a la patria potestad y que en todo caso, debería tomarse con el consentimiento de ambos. Con ello pone en evidencia la falta de respeto hacia el ejercicio compartido de la patria potestad y más aún, el desprecio absoluto por la voluntad de la madre. El informe pericial psico-social también pone en evidencia la anterior conclusión, en el que "manifiesta que le "ha dado" su tercer hijo a uno de sus hermanos que no puede tener hijos biológicos". y que esto no habría ocurrido allí, dado el mayor sometimiento de la mujer, admitiendo que los problemas con la demandante empezaron al querer él casarse de nuevo, ya que en su país de origen, la poligamia es signo de status. También concluye el informe que "Exhibe discurso descalificador hacia su ex pareja a quien descalifica abiertamente en su rol maternal a excepción de haber traído al mundo a sus cuatro hijos."

También refleja el informe que la madre "Exhibe discurso descalificador hacia su ex pareja en quien descansa exclusivamente la interrupción de la relación maternofilial con los tres hijos varones.

En la situación descrita, ambos progenitores están impidiéndose recíprocamente el contacto con sus hijos, la madre respecto de la niña y el padre respecto de los hijos que están en Senegal, con el consiguiente daño para los mismos.

Por otro lado, aunque existen versiones contradictorias sobre cómo se ha llevado a los otros tres hijos a Senegal, no parece que haya sido con el consentimiento de la madre, puesto que los niños han nacido todos en España.

En todo caso, es incuestionable que ambos residen en España desde hace años, que el apelante trabaja aquí por lo que su planteamiento de custodia es imposible, dado que lo que pretende es dejar a la niña al cuidado de su familia en Senegal, lo que en este caso, la alejaría tanto del padre como de la madre.

Cierto es que la madre necesita ayuda y consta en autos que la está recibiendo. El hecho alegado de que esté en una casa de acogida (en concreto, en una vivienda gestionada por los Servicios Sociales) no puede ser un motivo para no atribuirle la custodia, sino que dado que se desconoce por esta Sala, la situación de los procedimientos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el ingreso de la madre con la niña en una casa de acogida tienen, sin duda, su origen en la existencia de tales procedimientos penales.

Por otro lado, del informe pericial se desprende que el padre plantea la educación de la niña desde unos estereotipos de género, que no son beneficiosos para el desarrollo de la niña en un ambiente de respeto a la mujer y de igualdad en el ejercicio de sus derechos.

En consecuencia, considerando que la custodia materna, es en estos momentos, la más beneficiosa para la niña, debe desestimarse el recurso en este particular.

#### **CUARTO.- De la pensión de alimentos.**

La sentencia apelada fija una pensión de alimentos a cargo del padre en la cuantía de 180€ al mes.

Se alza el apelante contra dicha medida alegando que "Que el recurrente, como ha quedado acreditado en Autos tras todas las pruebas practicadas, documentales e interrogatorios, no percibe ingresos conocidos, por lo que la pensión de alimentos debe ser reducida hasta la cuantía de los 125 euros y, subsidiariamente en la cuantía que estime conforme a Derecho la Sala".

Debe recordarse que el recurso de apelación debe concretar los motivos en que basa la apelación, siendo insuficiente una cita genérica a las pruebas practicadas. Por el contrario, el juez ha hecho una minuciosa



valoración de la capacidad económica de ambas partes y de las necesidades de la hija. Consta acreditado que lleva muchos años en España, trabajando como autónomo, habiendo manifestado que tiene un local arrendado para zapatería, donde además afirma haber traído a España al hijo de un amigo para trabajar con él.

La sentencia apelada valora que: a) según lo manifestado por el mismo en la comparecencia de Medidas provisionales coetáneas, y que tales circunstancias no se han modificado desde entonces, el mismo está trabajando de autónomo, vende en un mercadillo, y también compra coches para vender en Senegal, y que no tiene ingresos fijos, y gana unos meses menos de mil euros, y otros más, aunque dijo pagar 500 Euros de alquiler, mostrando la necesidad de llevarse a su hija a su país, para que pueda ser criada junto al resto de sus hermanos, y él poder trabajar en Senegal, b) no tiene trabajo y no tiene ingresos, pero percibe la Renta de Inserción, por importe de 430 Euros mensuales, y no tiene gastos de alquiler dado que vive en una casa de Acogida. También manifestó que la niña acude a colegio público por lo que son paga los gastos de libros, y tiene beca de comedor y c) respecto a las necesidades de la hija quedarían establecidas, en la suma de la parte proporcional de los gastos escolares o de guardería, de vivienda, más los alimenticios, vestido y calzado, asistencia médica-farmacológica y ocio, que, evidentemente existen respecto de cualquier menor de la edad de la hija común de los litigantes.

A ello debe añadirse que la madre se encuentra en riesgo de exclusión social, por lo que percibe ayudas, por lo que la cantidad fijada no puede considerarse en modo alguno excesiva respecto a los parámetros del art. 146 del C. Civil, compartiendo esta Sala los acertados argumentos del juez a quo.

#### QUINTO.- Costas

La desestimación del recurso conlleva la imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

### III.- F A L L A M O S

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por Arcadio , representado por la Procuradora Doña María del Mar serrano Moreno, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 10 de Madrid, en el proceso de juicio verbal nº 59/2019, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS INTEGRAMENTE** la expresada resolución, con expresa condena en costas a la parte apelante.

Dese al depósito el destino legal.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede haber la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y/ o, casación, si se dan alguno de los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/ 2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DIAS.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.