



Roj: **SAP IB 1327/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:1327**

Id Cendoj: **07040370042017100254**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **18/07/2017**

Nº de Recurso: **198/2017**

Nº de Resolución: **267/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00267/2017

Rollo: RECURSO DE APELACION Nº 198/2017

Ilmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE ACCIDENTAL

D^a. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO

MAGISTRADOS

D. MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ

D^a. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT

SENTENCIA nº 267/2017

En PALMA DE MALLORCA, a dieciocho de Julio de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos de la **GUARDIA, CUSTODIA Y ALIMENTOS nº 161/2014**, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca, a los que ha correspondido el **ROLLO nº 198/2017**, en los que aparece como parte *actora-apelante*, a D. Elias, representado por el Procurador **D. ANTONIO SEBASTIAN COMPANYY CHACOPINO**, asistido de la Letrada D^a. CARMEN VARGAS AZZATI, y como *demandada-apelante* a D^a. Camino, representada por el Procurador **D. SANTIAGO CARRION FERRER**, asistida de la Letrada D^a. SARA GOMEZ RODRIGUEZ. Es parte en el procedimiento el **MINISTERIO FISCAL**.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada D^a. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia antedicho en el encabezamiento del presente, se dictó SENTENCIA de fecha 30 de Diciembre de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Sebastián Company Chacopino Alemany actuando en nombre y representación de Don Elias frente a Doña Camino debo acordar y acuerdo las siguientes medidas definitivas:

1º- La patria potestad sobre las hijas comunes Elisenda y Eufrasia seguirá siendo compartida entre ambos progenitores, de igual manera la guarda y custodia será compartida entre ambos progenitores estableciéndose el siguiente reparto:



En los períodos lectivos se distribuirá por semanas alternas de lunes a lunes, de forma que un progenitor irá el lunes a buscar a las menores a la salida del centro hasta el lunes siguiente, en el que, llevándolas al centro escolar por la mañana, las irá a recoger a la salida el otro progenitor, quien, a su vez, las tendrá consigo la semana correspondiente hasta el lunes siguiente, en el que las llevará al centro educativo, yéndolas a recoger a la salida el otro progenitor, y así sucesivamente.

En el período vacacional de Navidad, dicho período se dividirá en dos diferenciados, un primer período desde el día que finalizan las clases hasta el 31 de diciembre a las 10.00 horas y un segundo período desde el 31 de diciembre a las 10.00 horas hasta el día de inicio de las clases.

En los años pares corresponde la custodia de las menores durante el primer período al Sr. Elias y durante el segundo período a la Sra. Camino .

En los años impares corresponde la custodia de las menores durante el segundo período al Sr. Elias y durante el primer período a la Sra. Camino .

En el período de Semana Santa, dicho período se dividirá en dos diferenciados, un primer período desde la finalización de las clases hasta el Lunes de Pascua a las 20.00 horas y un segundo período desde las 20.00 horas del Lunes de Pascua hasta el día de inicio de las clases.

En los años pares corresponde la custodia de las menores durante el primer período al Sr. Elias y durante el segundo período a la Sra. Camino .

En los años impares corresponde la custodia de las menores durante el segundo período al Sr. Elias y durante el primer período a la Sra. Camino .

En el período vacacional de Verano, julio y agosto, las vacaciones se dividirán en semanas alternas y sucesivas hasta el domingo a las 20.00 horas en que se fijará la entrega de las menores y en las que el padre podrá estar con las menores la primera semana en los años pares, la madre la segunda semana y así sucesivamente y la madre podrá estar con las menores la primera semana en los años impares y el padre la segunda semana y así sucesivamente.

El resto de vacaciones escolares de junio y septiembre se seguirá conforme al régimen de visitas y estancia establecido.

Las menores no podrán viajar fuera del territorio nacional sin expreso acuerdo entre ambos progenitores o en su defecto autorización judicial.

2º- Cada progenitor abonará en concepto de alimentos los gastos que generen las menores en los períodos de convivencia que le correspondan, debiendo abonar ambos progenitores al 50% los gastos ordinarios de las menores así como los gastos extraordinarios necesarios entendiéndose como tales los de formación, libros, material escolar, educación y salud de las menores, previa comunicación, justificación y devengo, y los no necesarios serán satisfechos por el progenitor que insista en dichos gastos, en defecto de acuerdo expreso.

Todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por la representación de ambas partes recurso de apelación, que fueron admitidos, y, seguidos por sus trámites, se dictó Providencia de fecha 25 de Mayo de 2017, acordando el señalamiento de vista para día 5 de Julio de 2017, cuyo acto ha quedado grabado por el sistema Efidelius, que conforme a la ley, garantiza la autenticidad e integridad de lo actuado.

TERCERO.- El presente correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la oficina correspondiente.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la resolución de las cuestiones que constituyen el objeto del presente recurso de apelación, consideramos procedente relacionar, en primer lugar, lo siguiente:

1) Que en fecha 30 de Diciembre de 2016 recayó sentencia en el procedimiento del que dimana el presente Rollo, en la que se adoptaron como medidas definitivas la atribución de la patria potestad y de la guarda y custodia a ambos progenitores, en relación a las menores Elisenda y Eufrasia , así como las demás medidas, consecuencia de las anteriores, que han sido transcritas en el primer Antecedente de Hecho de la presente resolución.



2) Que por la representación procesal del padre de las referidas menores se presentó escrito ante el Juzgado, en el que interesó la aclaración y complemento de la mencionada sentencia.

Alegando en dicho escrito que, en el momento de la celebración de la vista, esta parte opuso como hecho nuevo la existencia de condena penal firme de la demandada por delito de sustracción de menores, entregando la documental acreditativa de ello. De no tener en cuenta dicha documental y atendiendo a las consecuencias jurídicas de dicho hecho nuevo, puesto de manifiesto en el momento procesal indicado y al amparo del art. 286 de la LEC, se estaría en realidad dictando una resolución contraria a la sentencia firme dictada en el Juzgado de lo Penal nº 5 de Palma. Y es que el Fallo de la sentencia de autos contiene, en su parte declarativa, acordar como medidas definitivas, entre otras, las dos siguientes:

- 1.- Que la patria potestad sobre las hijas comunes sea compartida por ambos progenitores.
- 2.- Que la custodia de las menores sea a su vez compartida.

Dicha parte aportó copia de la sentencia de fecha 8 de Noviembre de 2016 recaída en el procedimiento abreviado nº 223/2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Palma.

3) En dicha sentencia se condenó a D^a. Camino como autora responsable de un delito de sustracción de menores a las penas de: ...6 años de inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad...".

4) En fecha 10 de Febrero de 2017 recayó Auto en la pieza de incidente excepcional de nulidad de actuaciones en el que se acordó no haber lugar a la nulidad.

5) La representación procesal de D. Elias interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia interesando que se declare

Haber lugar a la Nulidad de actuaciones invocada, retrotrayendo las actuaciones al momento de la celebración de la Vista, ordenando su repetición y, Subsidiariamente, en caso de no acogerse la pretensión principal, estime haber lugar a la petición secundaria de impugnación por error en la valoración de la prueba y REVOQUE la sentencia apelada declarando: a) el ejercicio exclusivo de la patria potestad a favor del padre, b) la atribución exclusiva de la guarda y custodia de las dos hijas menores al padre, c) estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre de dos días intersemanales desde la salida del colegio a las 1915 horas y fines de semana alternos sábado y domingo de 12 a 1915 horas cada día sin pernoctas, d) la madre contribuirá en la suma de 400.- euros mensuales en concepto de pensión de alimentos actualizables anualmente con el IPC, e) los gastos extraordinarios necesarios de las menores serán abonados por mitades entre ambos progenitores, y f) con la expresa imposición de costas a la demandada en ambas instancias.

6) La representación procesal de D^a. Camino también interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia interesando en el mismo que la patria potestad fuera atribuida al padre y que las visitas o custodia compartida que pueda acordarse sean con pernocta y nunca inferior al actual, ya sea mediante el sistema de semanas alternas o de mantener martes, jueves, más fines de semana con la madre, pero con pernoctas.

7) El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de los recursos y la confirmación de la resolución apelada.

8) Al interesarlo la representación procesal de Elias, se celebró en esta alzada la vista prevista en el art. 464 de la LEC.

SEGUNDO.- En el Auto recaído en fecha 10 de Febrero de 2017, en el incidente de nulidad de actuaciones, el Juez "a quo" en su Fundamento Jurídico primero razonó lo siguiente: Pues bien, en este procedimiento ciertamente fue obviado antes del dictado de la correspondiente sentencia una circunstancia determinante como es el dictado de la sentencia 402/2016 en fecha 8 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Palma en virtud de la cual se impuso a Doña Camino, entre otras penas, la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por 6 años, si bien en los presentes autos una vez analizados los preceptos legales que abordan la declaración de nulidad de las actuaciones procesales, no concurren los requisitos que preceptúa el artículo 227.2 LEC toda vez que ya recayó resolución que puso fin al proceso y se denunció dicha infracción una vez recaída la misma, no con carácter previo.

Razonando, a continuación, que tampoco por vía de aclaración o complemento pueda modificarse el sentido del Fallo de la sentencia. Constituyendo el mecanismo del recurso de apelación el cauce adecuado.

TERCERO.- Esta Sala considera que, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 456.1 y 465.3 de la LEC en relación con lo establecido en los artículos 751 y 752 de la misma Ley Procesal Civil, no resulta procedente declarar la nulidad de actuaciones interesada por la representación procesal del Sr. Elias, al poder resolver esta Sala, sin necesidad de declarar tal nulidad, la infracción procesal que, según se alega, se incurrió, al dictarse la sentencia de la primera instancia.



CUARTO.- Expuesto lo anterior, debemos señalar lo siguiente:

Conforme lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

La inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad a la que fue condenada D^a. Camino en la causa criminal a la que nos hemos referido antes, determina necesariamente que en el procedimiento que ahora nos ocupa deba acordarse que el ejercicio exclusivo de la misma corresponde al otro progenitor de las dos menores; es decir al padre.

Lo acordado en la sentencia penal condenatoria vincula a este Tribunal (vinculación del Juez civil a lo resuelto de modo firme en el orden jurisdiccional penal).

Por lo que en este extremo deben estimarse ambos recursos de apelación.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la guarda y custodia de las dos menores, consideramos que en este extremo debe ser estimado el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Elías. Y ello por cuanto consideramos que la inhabilitación especial a la que ha sido condenada en la sentencia penal la madre de las menores para el ejercicio de la patria potestad, conlleva que tampoco pueda ostentar la guarda y custodia que, en la sentencia de instancia, se acuerda atribuir de manera compartida a ambos progenitores.

Y ello por cuanto la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad, cuyas funciones comprende los deberes y facultades recogidas en el art. 154 del Código Civil. Por lo que, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad aunque no impide, conforme lo establecido en el art. 160 del CC, que los menores puedan relacionarse con el progenitor privado del ejercicio de la patria potestad, sí impide que dichos menores puedan quedar bajo su guarda y custodia, aunque sea compartida con el otro progenitor.

Por lo que en este extremo procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Elías y revocar la sentencia de instancia, acordando en su lugar que las dos hijas deben quedar bajo la guarda y custodia de su padre.

SEXTO.- En la sentencia recaída en el procedimiento penal se declararon como hechos probados los siguientes:

"Probado y así se declara que la acusada, Camino, mayor de edad, nacida el NUM000 -1976, con NIE NUM001, sin antecedentes penales, no privada de libertad por esta causa, a sabiendas de que no ostentaba la autorización ni expresa ni tácita del padre de sus dos hijas menores de 6 y 3 años respectivamente, marchó el 28 de diciembre de 2013 a su país natal, Polonia, junto con las dos menores, las cuales hasta esa fecha ostentaban su residencia habitual en Mallorca.

La acusada y el padre de las menores, Elías, habían dejado de residir juntos en septiembre de 2012, siendo que de forma verbal, y sin existencia de resolución judicial alguna, habían pactado la guarda y custodia compartida de ambas menores.

El Sr. Elías, una vez constatado que por parte de la acusada no había intención de retornar con las menores a Mallorca, requirió a aquella durante los primeros meses del año 2014, tanto telefónicamente como vía e-mail, para que restituyera a las menores haciendo caso omiso la acusada, razón por la que por parte del Sr. Elías se interpuso demanda ante los juzgados de la ciudad polaca de Suwalki, ordenándose en fecha 18 de junio de 2014 por parte de la Sala III del Tribunal de Distrito de dicha ciudad el retorno de las menores a Mallorca el 29 de junio de 2014, no procediéndose a ello por parte de la acusada, aun cuando tenía conocimiento tanto de la resolución judicial dictada el 18 de junio, como de la dictada el día 27 de ese mismo mes y en la cual esa misma Sala rechazaba la solicitud de la acusada de suspender la restitución de las menores hasta que la resolución del 18 de junio adquiriera firmeza.

Las menores permanecieron en Polonia hasta el 19 de diciembre de 2014, fecha en que la acusada las entregó a su padre, siendo que durante los meses de julio a diciembre de 2014 no hubo ningún tipo de contacto y comunicación entre el Sr. Elías y sus hijas y ello por la voluntad obstativa de la acusada, la cual durante ese periodo de tiempo se halló junto con sus hijas en paradero desconocido".

En el supuesto que ahora nos ocupa y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos acaecidos que conllevaron no solo a que las menores se vieran privadas de estar en compañía del padre, quien venía ostentando, de hecho, una guarda y custodia compartida de las mismas, juntamente con la madre, por un acuerdo verbal de ambos progenitores, sino que, además, se vieran privadas dichas menores y el padre de toda relación, contacto o comunicación, debido a la conducta de la madre, consideramos que el derecho de las menores a relacionarse



con su madre, a pesar que ésta está inhabilitada para el ejercicio de la patria potestad, debe establecerse en los términos siguientes:

Los martes y jueves, desde la salida del colegio (o desde las 17 horas si no fueran días lectivos) hasta las 20 horas. Y los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere a la pensión alimenticia que debe abonar la madre para las dos hijas y que la representación procesal del padre interesa que se fije en la cantidad de 400 € mensuales, esta Sala considera que teniendo en cuenta la capacidad económica de uno y otro progenitor, a la que se refiere el Juez "a quo" en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de instancia, así como las presumibles necesidades de las menores, atendida su edad, la cantidad interesada por la representación procesal del padre es adecuada y proporcionada a las circunstancias del supuesto de autos, en relación con los establecido en los artículos 142, 145 y 146 del Código Civil.

En cuanto a los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad por ambos progenitores.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 de la LEC, no procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

En virtud de cuanto antecede,

FALLAMOS

1) Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador **D. ANTONIO SEBASTIAN COMPANY CHACOPINO**, en nombre y representación de D. Elías, y **PARCIALMENTE** (solo referente a la patria potestad) el interpuesto por el Procurador **D. SANTIAGO CARRION FERRER**, en nombre y representación de **D^a. Camino**, contra la sentencia de fecha 30 de Diciembre de 2016, dictada por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de los de Palma, en el procedimiento del cual el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS**, y, en su lugar:

A) Se atribuye, en exclusiva, a D. Elías, el ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia de las hijas Elisenda y Eufrasia.

B) Se fija a favor de la madre de dichas menores el siguiente régimen de visitas: Los martes y jueves, desde la salida del colegio (o desde las 17 horas si no fueran días lectivos) hasta las 20 horas. Y los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo.

C) La madre deberá satisfacer una pensión alimenticia para las dos hijas que se fija en la cantidad de 400 € mensuales, que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que se determine por el padre; y será actualizada anualmente conforme al IPC que facilite el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que, en su caso, lo sustituya.

D) Los gastos extraordinarios de dichas menores serán satisfechos por mitad por ambos progenitores.

2) No procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Recursos .- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** o el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente .- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos .- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal, en virtud de la reforma introducida por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre.

Aclaración y subsanación de defectos .- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.



- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de **depósito para recurrir** en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

- Asimismo en virtud de la Ley 10/2012, de 20 de Noviembre deberá aportarse el justificante de la liquidación de la **tasa judicial** .

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

PUBLICACION.- Dada y publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente Dª. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ