

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimocuarta
C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020
Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0039270

Recurso de Apelación XXXX/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Madrid
Autos de Familia. Divorcio contencioso XXXX/2017

APELANTE- DEMANDANTE: D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX

PROCURADOR Dña. SUSANA SERRANO DE PRADO

APELANTE-DEMANDADO: Dña. XXXXXX XXXXXX XXXXXX-XXXXXX
XXXXXX

PROCURADOR D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilmo. Sr. D. JOSE ANGEL CHAMORRO VALDES

SENTENCIA N° 680

MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER CORREAS XXXXXX

ILMO. SR. D. JOSÉ ANGEL CHAMORRO VALDÉS

ILMA. SRA. Dª MARIA JOSEFA RUIZ MARIN

En Madrid, a 28 de Julio de dos mil veinte

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Divorcio; número XXXX/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, seguidos entre partes:

De una, como apelante-demandante D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX,
representado por la Procuradora Doña. SUSANA SERRANO DE PRADO

Y de otra, como apelante-demandada Dª. XXXXXX XXXXXX XXXXXX-
XXXXXX XXXXXX, representada por el Procurador D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX
XXXXXX

Siendo parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANGEL CHAMORRO VALDES.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Que en fecha de 10 de Julio de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *“Que estimando parcialmente la demanda promovida por la Sra. Procuradora de los Tribunales doña Susana Serano de Prado en nombre y representación de don XXXXXX XXXXXX XXXXXX contra doña XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX, bajo la representación procesal del Sr. Procurador de los Tribunales don XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX, siendo parte el Ministerio Fiscal, declaro la disolución del matrimonio por divorcio de ambos cónyuges, con los efectos inherentes a dicha declaración, sin especial pronunciamiento sobre las costas, estableciendo las siguientes medidas o efectos: 1º.- La responsabilidad parental será compartida por ambos progenitores. 2º.- Se establece el ejercicio de un sistema de custodia compartida semanal, teniendo lugar los cambios de dicha custodia los lunes a la entrada del colegio, u otro horario que ambos padres pacten de mutuo acuerdo. Para evitar discrepancias se establece que el padre podrá estar con su hija las semanas pares y la madre las impares, pudiendo apreciarse dicho número en un calendario en el que conste la numeración de las semanas. 3º.- Se establece el siguiente régimen de visitas y estancias con los menores, el cual regirá en defecto de acuerdo: Vacaciones de verano.- Las vacaciones estarán divididas en dos mitades, siendo la primera la que abarca los siguientes períodos quincenales (o casi quincenales): desde el día siguiente al último lectivo a las 11:00 horas hasta el 30 de junio a las 20 horas; desde el 15 de julio a las 20 horas hasta el 31 de julio a las 20 horas; y desde el 15 de agosto a las 20 horas hasta el 31 de agosto a las 20 horas. La segunda mitad abarcaría los siguientes períodos quincenales (o casi quincenales): desde el 30 de junio a las 20 horas hasta el 15 de*

julio a las 20 horas; desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a las 20 horas; y desde el 31 de agosto a las 20 horas hasta el último día festivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 20:00 horas. La elección de estas mitades se hará del modo que se indicará posteriormente.) Vacaciones de Navidad.- Se repartirán por mitad las vacaciones escolares de Navidad, desde las 11.00 horas del primer día no lectivo y las 20:00 horas del último día no lectivo, en dos períodos comprendidos entre el primer día no lectivo y las 20:00 horas del día 30 de diciembre y el segundo período desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 del último día no lectivo. La elección de estas mitades se hará del modo que se indicará posteriormente. Vacaciones de Semana Santa.- Transcurrirán entre las 11.00 horas del primer día no lectivo y las 20:00 horas del último día no lectivo y se disfrutarán íntegramente por cada progenitor por años alternos, correspondiendo a la madre los años pares y al padre los impares. Los períodos vacacionales escolares se regirán por el calendario escolar propio del centro escolar donde cursen la menor sus estudios. Para la elección de los períodos vacacionales tendrá prioridad el progenitor que se encuentre trabajando si el otro se encuentra en desempleo. Para el caso de que ambos se encuentren trabajando o ambos en situación de desempleo la elección corresponderá al **padre los años impares y a la madre los pares**. La elección de los períodos de disfrute durante las vacaciones deberá realizarse con una antelación mínima a su inicio de un mes. De no cumplirse este plazo el derecho de elección pasará automáticamente al otro progenitor. **4º.-** Cada progenitor asumirá de modo directo y personal los gastos cotidianos de la hija generados en su respectivo entorno, el 50% de los gastos escolares de los menores y el 50% de los gastos extraordinarios y existiendo una patente diferencia de ingresos, don XXXXXX abonara la cantidad de 250, 00 euros por cada hijo (500,00 euros en total) “.

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX y por la representación de Doña XXXXXX XXXXXX-XXXXXX XXXXXX oponiéndose de contrario, en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La dirección letrada de Don XXXXXX XXXXXX se alzó contra la sentencia de instancia reclamando la revocación en cuanto al pronunciamiento referente al pago de pensión por alimentos a cargo de D. XXXXXX y por importe de 500 euros mensuales (250 euros por hijo) encargándose cada progenitor de los gastos ordinarios de sus hijos durante su respectivo periodo de convivencia, siendo favorables al Sr. XXXXXX XXXXXX todos aquellos pronunciamientos a que en Derecho hubiere lugar, incluida, en su caso, las condenas en costas en sede de apelación.

La dirección letrada de Doña XXXXXX XXXXXX-XXXXXX XXXXXX también mostró disconformidad con la sentencia de instancia reclamando la revocación y en su lugar dicte otra por la que se acuerde, en cuanto al régimen de guarda y custodia de los hijos menores, mantener el establecido en el auto de medidas provisionales a favor de la madre, con el mismo régimen de comunicación de visitas a favor del padre, y subsidiariamente ampliándolo en los términos contenidos en la propuesta del informe psicosocial, y como consecuencia de lo anterior y en el mismo sentido, en cuanto a la contribución a la pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo del padre, que se deberá reponer en los términos de repetido Auto de medidas Provisionales, estableciendo la suma mensual de 900 euros, con los pronunciamientos que en cuanto a costas proceda.

Un orden logico-juridico aconseja examinar en primer lugar el recurso de apelación de la parte demandada-apelante.

SEGUNDO.- La guarda y custodia compartida tiene una serie de efectos positivos: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor

aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

Sin embargo no puede afirmarse que la guarda y custodia compartida constituya una solución única que valga para todas las situaciones de ruptura matrimonial con hijos, sin perjuicio de que de "lege ferenda" pudiera constituirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno.

La regulación de la Custodia Compartida viene motivada entre otros factores y consideraciones porque en la sociedad actual, la dinámica de un número considerable de familias empieza a ser distinta, toda vez que, factores tales como el acceso de la mujer al mercado laboral, y los cambios en determinadas pautas de educación y comportamiento, están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención y una implicación mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los mismos.

La guarda y custodia compartida, como reitera la jurisprudencia de la Sala Primera, se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el

ejercicio de la guarda (STS 496/2011, de 7 de julio; 84/2011, de 21 de febrero y 94/2010, de 11 de marzo), y añade la STS de 19 de julio de 2013, *“Se prime al 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, como de estos con aquel.”*

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 2016 reitera la doctrina siguiente: *“La interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 C.C. 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”*.

El conjunto de pruebas practicadas acredita que Don XXXXXX XXXXXX XXXXXX tiene capacidad para cuidar y educar a los hijos, ha estado y está implicado en su crianza y educación, existe buena vinculación paternofamiliar y cuenta con apoyos familiares. Todos los factores antes relacionados determinan que la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia recurrida sea conforme con el principio del beneficio del menor. En orden a la desestimación de la pretensión revocatoria de la parte demandada-apelante hay que señalar lo siguiente a) En el momento de dictarse la sentencia recurrida el padre XXXXXX XXXXXX XXXXXX tenía una duradera abstinencia en su adicción al juego b) Lo acordado en el auto de medidas provisionales no es vinculante, máxime cuando el

material probatorio no es coincidente. Por otra parte hay que señalar que el acuerdo de los litigantes de 27 de Enero de 2017 (documento que obra del folio 51 al 56 ambos inclusive) se establece con carácter provisional c) La relación entre los progenitores no es la deseable, pero ello no excluirá la aplicación de las ventajas de la guarda y custodia compartida, ya que no tiene una repercusión perjudicial en los hijos. En este sentido hay que recordar que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo que se han de suponer existentes en dos profesionales...” d) La demandada Doña XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX ha tenido una dedicación predominante en el cuidado de los hijos, pero la guarda y custodia compartida no exige la misma intensidad en la dedicación a los hijos de los progenitores e) La voluntad de los hijos debe ser considerada, pero no es vinculante, ya que lo que desean no siempre coincide con lo que le es más beneficioso f) La edad de los hijos por sí sola no es impedimento para el establecimiento de la guarda y custodia compartida g) El informe pericial social (folios 309 al 328 ambos inclusive) no es vinculante, de conformidad con el artículo 348 de la L.E.C.

En definitiva por la parte apelante-demandada no se han aportado razones objetivas y fundadas, que hayan sido acreditadas, que pongan de manifiesto error en la valoración de la prueba por la Juzgadora de instancia y hagan aconsejable en beneficio de los hijos cambiar la decisión de la sentencia recurrida en materia de guarda y custodia.

A mayor abundamiento el Ministerio Fiscal, cuya actuación viene presidida por la defensa de la legalidad y la protección del interés del menor, pidió la desestimación del recurso.

La desestimación de la pretensión revocatoria de la parte demandada-apelante en materia de guarda y custodia conlleva de manera ineludible el rechazo de la petición accesoria en materia alimenticia.

TERCERO.- La guarda y custodia compartida no excluye la aplicación del criterio de proporcionalidad proclamado en el artículo 146 del Código Civil. Por ello el hecho de que la custodia del hijo sea compartida por los dos progenitores no implica necesariamente que no proceda fijar una determinada prestación alimenticia con cargo a un progenitor y a favor del hijo, pues debe procurarse la estabilidad en la satisfacción de las necesidades de los hijos, en lugar de someterlos a oscilaciones derivadas de la diferente capacidad adquisitiva de los progenitores custodios, y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia

con los hijos sea idéntico. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 2016 mantiene que “la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (artículo 146 del Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”. Así pues en el caso de custodias compartidas, el juzgador también debe analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos.

La demandada Doña. XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX trabaja para la Fundación Albeniz. En el año 2016, tal como acredita la información de la Agencia Tributaria que obra al folio 208 su retribución dineraria bruta ascendió a 13.612,42 euros, afectados de unos gastos deducibles de 864,38 euros, lo que arroja la cantidad líquida mensual de 1.062,33 euros. En la época de dictarse la sentencia recurrida sus ingresos líquidos eran de aproximadamente 1.100 euros mensuales.

El demandante Don XXXXXX XXXXXX XXXXXX trabaja para Cruser & Royter S.L. desde el 13 de Diciembre de 2016, tal como consta en su informe de vida laboral que obra al folio 232. En la demanda se afirma (folio 9) que el antedicho percibe unos ingresos líquidos mensuales de 871,86 euros con dos pagas extraordinarias, lo cual está en consonancia con las nóminas que obran a los folios 45,46 y del folio 224 al 229 ambos inclusive. Pero esos ingresos son incompatibles con el nivel de gasto que tenía la unidad familiar y con los gastos que asume actualmente el antedicho. De ello se desprende que sus ingresos superan de manera relevante a los admitidos. Es decir existe una opacidad en cuanto a la capacidad económica del mencionado que no puede ir en detrimento de la pensión alimenticia de los hijos menores que tiene carácter preferente e incondicional. En base a lo expuesto la decisión de la sentencia recurrida en materia alimenticia es conforme con el criterio de proporcionalidad y la pretensión revocatoria de la parte demandante-apelante debe ser desestimada.

CUARTO.- Dada la naturaleza del objeto del proceso, las circunstancias concurrentes y la flexibilidad permitida en estos procedimientos de conformidad con el artículo 398 de la LEC no procede hacer expresa imposición de costas en ambos recursos.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX, representado por la Procuradora D^a Susana Serrano de Prado, y **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D^a XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX, representada por el Procurador D. XXXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX, contra la sentencia de fecha 10 de Julio de 2018, debemos **CONFIRMAR y CONFIRMAMOS** la citada resolución; sin hacer expresa imposición de costas en ambos recursos.

Con pérdida del depósito constituido, salvo que sean beneficiarios de justicia gratuita.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber a las partes que contra la misma puede interponerse recurso de casación o extraordinario por infracción procesal de concurrir los presupuestos establecidos en el artº. 466 y siguientes de la L.E.Civil, para ante el Tribunal Supremo en el plazo de veinte días siguientes al de la notificación.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación el día _____, dándose publicidad en legal forma, y se expide

certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid a de de
dos mil veinte

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.