

Roj: SAP SA 593/2015 - ECLI:ES:APSA:2015:593  
Id Cendoj: 37274370012015100593

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Salamanca

Sección: 1

Nº de Recurso: 451/2015

Nº de Resolución: 371/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FERNANDO CARBAJO CASCON

Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA SENTENCIA: 00371/2015**

**SENTENCIA NÚMERO 371/15**

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO

DON FERNANDO CARBAJO CASCÓN, STE.

En la ciudad de Salamanca a once de Diciembre del año dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio de Familia, Guarda, Custodia y Alimentos hijo menor no matrimonial Nº 1828/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 451/2.015** ; han sido partes en este recurso: como demandante apelante **DON Jose Manuel** , representado por la Procuradora Doña Ana María García Díaz, bajo la dirección del Letrado Don Anselmo Santos Pérez Moneo; como demandada apelada **DOÑA Carmela** , representada por el Procurador Don Diego Sánchez de la Parra y Septién, bajo la dirección del Letrado Don Nazario Sánchez, siendo parte el **MINISTERIO FISCAL** .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1º.-** El día siete de Julio de dos mil quince, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda de guarda y alimentos presentada por la procuradora Doña Ana María García Díaz en nombre y representación de D. Jose Manuel contra Doña Carmela y con intervención del Ministerio Fiscal debo acordar y acuerdo como medidas que han de regir las siguientes. A) Se atribuye a la madre la guarda y custodia del menor Remigio con patria potestad compartida; y como régimen de visitas del padre fines de semana alternos, desde la hora de salida del colegio, donde le recogerá el viernes, hasta el lunes que le llevara al colegio; así como martes y jueves que lo recogerá en el colegio a la hora de la salida y lo llevará al día siguientes. Si algún día de los indicados de recogida fuera festivo lo recogerá a las 14 horas en el domicilio de la madre y lo llevará al colegio al día siguiente a su hora de entrada o al domicilio de la madre. Las vacaciones de verano en Julio y Agosto se dividirán por semanas alternas con entrega y recogida a las 11 horas en el domicilio en que se encuentre el menor en cada periodo. Las vacaciones de navidad se repartirán en dos periodos, que van desde el primer día de vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre y el segundo del 31 de diciembre a las 11 horas al 7 de enero a las 20 horas. La mitad de vacaciones de Semana Santa. En caso de desacuerdo en los periodos de elección elegirá la madre los años impares y el padre los pares. B) El padre deberá abonar en concepto de alimentos del menor la cantidad de ciento cincuenta euros (150) mensuales, pagaderas de forma anticipada en la cuenta que designe la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes y se actualizará anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.- Los padres pagarán al 50% los gastos extraordinarios que genere el hijo que no estén cubiertos por el sistema público de sanidad y educación, los cuales serán consensuados por ambos progenitores antes de contraerlos. No ha lugar a imponer costas."

**2º.-** Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, dictándose otra de conformidad con lo expresado en su escrito, todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes dada la naturaleza del asunto debatido.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la confirmación de la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Por el Ministerio Fiscal se interesó asimismo la confirmación de la resolución recurrida.

**3º.-** Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día dieciocho de Noviembre de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

**4º.-** Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON FERNANDO CARBAJO CASCÓN, STE.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Interesa la representación procesal del recurrente en apelación, D. Jose Manuel , que se revoque la sentencia recurrida en el aspecto relativo a la atribución a la madre demandada, D<sup>a</sup> Carmela , la exclusiva guarda y custodia del menor hijo común del matrimonio, de cinco años de edad, y se dicte otra en su lugar en la que se establezca una guarda y custodia compartida en la línea de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se alega al respecto, entre otros argumentos, que ha quedado suficientemente acreditado en la instancia que ambos cónyuges se han ocupado por igual de la educación y necesidades de su hijo, hecho confirmado por el equipo psicosocial; que, más allá de las lógicas discrepancias inherentes a un proceso de separación matrimonial, la relación entre ambos progenitores es fluida al menos en lo que respecta a los intereses del menor; que ambos tienen circunstancias personales similares en edad (28 años), ingresos (900 € mensuales), situación familiar (ambos viven con sus respectivos padres, abuelos del menor, contando con su ayuda en la labores de cuidado y educación); y, sobre todo que, tras el régimen de visitas acordado en el auto de medidas provisionales siguiendo la recomendación del equipo psicosocial, ambos tienen prácticamente repartida la custodia, en tanto en cuanto el menor pasa fines de semana alternos con el padre, desde la noche del viernes a la mañana del lunes, y dos noches entre semana.

La demandada y recurrida en apelación se opone al recurso alegando que la custodia compartida no es viable en este caso por cuanto las relaciones entre progenitores son malas, el informe psicosocial recomienda la atribución de la custodia a la madre, y, por lo demás, no se cumplen los criterios legales exigidos. El Ministerio Fiscal se opone asimismo al recurso entendiendo que deben mantenerse las decisiones judiciales adoptadas en el Auto de medidas provisionales.

**Segundo.-** El artículo 92 CC prevé la posibilidad de que el juez acuerde la guarda y custodia compartida cuando se considere oportuno para el bien del menor. Esta resulta especialmente conveniente cuando no existe una relación de especial conflictividad entre los padres que lo desaconseje y cuando la relación de ambos con el menor o menores resulta fluida y entrañable, ante el riesgo de que de la atribución a uno solo de ellos pueda entorpecer la relación emocional de presente y futuro con el no custodio (cfr. STS de 22 de octubre de 2014 ).

En el presente caso no parece que la relación entre los progenitores sea fluida y estable, pero tampoco puede decirse que resulte tormentosa; no, al menos, en los aspectos que atañen a la educación y convivencia con el hijo común de ambos. Así se desprende, de hecho, del amplio régimen de visitas establecido en el auto de medidas provisionales y respetado por ambos cónyuges con aparente normalidad. En cualquier caso no parece que la existencia de discrepancias e incluso desencuentros entre los progenitores, lógico por lo demás en una ruptura matrimonial, pueda servir por sí sola para descartar la custodia compartida, pues tampoco existen pruebas de que la relación haya sido o sea tormentosa o especialmente difícil entre los progenitores.

Como apunta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª) nº 10/2010 de 8 de marzo (RJ\2010\4018): " *La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos-SSTSJC*

29/2008 de 3 de Julio; 24/2009 de 25 de Junio-, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulte beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos mediación familiar o terapias educativas, teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores " .

Así pues, si el grado de conflictividad entre progenitores no es extremo, debe apostarse por la custodia compartida, por resultar ésta aconsejable para la estabilidad emocional del menor en sus relaciones afectivas paterno-filiales con ambos progenitores, siempre que no puedan afectarle de manera importante los cambios de domicilio. La STS de 29 de noviembre de 2013 afirma que: " *las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor ( STS 22 de julio de 2011 ), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente si existen malos tratos, 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 qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores...* " .

**Tercero.-** La SAP Barcelona, Secc. 18ª, de 20 de febrero de 2007 , apunta como efectos positivos de la guarda y custodia compartida: la posibilidad para el menor de disfrutar de la presencia estable de ambos progenitores; evitar sentimientos negativos en los menos, como miedo al abandono, sentimiento de lealtad, culpa, negación, suplantación, etc.; fomentar una actitud abierta de los hijos hacia la separación de los padres; garantizar la participación de ambos padres en el ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; equiparar en tiempos libres a los dos progenitores, favoreciendo su desarrollo personal y profesional, evitando con ello una excesiva relación de dependencia del menor con el progenitor custodio; la cooperación de ambos progenitores para alcanzar acuerdos que favorezca la educación y desarrollo estables del menor. A estos efectos positivos, podemos añadir nosotros, la posibilidad de crear vínculos más estables del menor con las familias de ambos progenitores, no limitada a fines de semana y periodos vacaciones, así como la comunicación más fluida entre progenitores y miembros de ambas familias.

En palabras del Tribunal Supremo, "(...) *lo que se pretende con esta medida es asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del menor y en definitiva, aproximarle 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* " ( SSTS de 19 de julio de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 30 de octubre de 2014 ó 16 de febrero de 2015 ). Ha de primar en todo caso el interés del menor, el cual ni se define ni se determina de forma precisa en el art. 92 CC y en el art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , pero es claro en todo caso que 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.

En definitiva, siguiendo la doctrina más reciente del Alto Tribunal, de la redacción del art. 92 CC no se deduce que la guarda y custodia compartida constituya 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* "( SSTS 25 de abril 2014 , 22 de octubre de 2014 y 16 de febrero de 2015 . Lo que se pretende en último término con la custodia compartida "(...) *es aproximar este régimen 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 parece también lo más beneficioso para ellos* " ( STS de 2 de julio de 2014 ) .

**Cuarto.-** A partir de los razonamientos expuestos debe acogerse la petición interesada por el recurrente y conceder la guarda y custodia compartida del menor.

La Sala considera acreditado, en el caso de autos, que el trabajo del padre le permite disponer de tiempo suficiente para cuidar de su hijo, que la relación con el mismo es entrañable como lo es también con los abuelos paternos, con quienes convive y quienes ayudan a su cuidado y desarrollo emocional y personal.

Por lo demás, es cierto que el amplio régimen de visitas acordado y respetado por ambos cónyuges sin aparentes problemas desde el Auto de Medidas Provisionales, prácticamente viene a establecer una custodia compartida " *de facto* ", pues el menor viene a pasar unos 14 días al mes con su padre, pernoctando en el domicilio de los abuelos paternos con absoluta normalidad, lo cual equivale a una custodia compartida que, por tanto, conviene ahora formalizar " *de iure* ", declarándola judicialmente por medio de esta resolución.

**Quinto.-** La atribución de la custodia compartida exige la determinación del régimen en que debe llevarse a cabo de la manera más favorable para los intereses del menor. En este sentido la Sala considera razonable establecer una custodia compartida en régimen de semanas alternas con cada progenitor, de domingo a domingo a las 20,00 horas, debiendo cada progenitor acompañar al hijo al domicilio del otro al final de cada periodo.

En cuanto a los periodos de vacaciones, para evitar conflictos de interpretación entre los padres, se establece el siguiente régimen:

En las vacaciones de verano se establecen los siguientes periodos: i) desde el final del colegio en el mes de junio hasta el 30 de junio; ii) desde el 1 de julio hasta el 15 de julio; iii) desde el 16 de julio hasta el 31 de julio; iv) desde el 1 de agosto hasta el 15 de agosto; v) desde el 16 de agosto hasta el 31 de agosto; vi) desde el 1 de septiembre hasta el comienzo del colegio. Las recogidas se efectuarán a las 10,00 horas y las entregas se harán a las 20,00 horas en el domicilio del otro progenitor. Los años pares comenzará estos periodos la madre y los impares el padre.

En vacaciones de Navidad, un primer periodo desde el día 23 de diciembre a las 10,00 horas hasta el 31 de diciembre a las 10,00 horas; y un segundo periodo, desde el 31 de diciembre a las 10,00 horas, hasta el día 6 de enero a las 17,00 horas. En los años pares corresponderá a la madre el primer periodo y en los impares al padre.

La Semana Santa se dividirá en dos periodos iguales en función de los días en que se determinen las vacaciones escolares, iniciándose el primer periodo al día siguiente al que terminen las clases escolares a las 10,00 horas, y el segundo periodo al día siguiente de terminar el primero a las 10,00 horas, reintegrando al menor a las 20 horas de la finalización de este segundo periodo. En los años pares corresponderá a la madre el primer periodo y en los impares al padre.

**Sexto.-** Por lo que se refiere a los alimentos, establecida la guarda y custodia compartida, y no apreciándose actualmente desequilibrios patrimoniales entre ambos progenitores, cada cual correrá con los gastos del menor durante el periodo de custodia que le corresponda. Los gastos extraordinarios (como libros de texto, gastos médicos y de ortodoncia, gafas, matrículas de estudio, clases particulares, etc.) se satisfarán al 50% una vez consensuados por ambos progenitores, debiendo decidir el Juez competente en caso de desacuerdo.

**Séptimo.-** Acogidas así las pretensiones fundamentales del recurso de apelación, no procede hacer imposición de las costas de la alzada a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC ), procediendo por lo demás la devolución del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Jose Manuel** contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez núm. 8 de Salamanca, con fecha de 7 de julio de 2015 , en los autos sobre guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos de los que dimana el presente rollo, debemos revocar y así lo hacemos la referida sentencia para acoger el pedimento fundamental de la demanda estableciendo el régimen de guarda y custodia compartida de ambos progenitores sobre el menor Remigio , con los términos y condiciones establecidos en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto de esta resolución, sin hacer imposición de las costas de la alzada a ninguno de los litigantes y declarando la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ