



Roj: **SAP M 12155/2018 - ECLI: ES:APM:2018:12155**

Id Cendoj: **28079370242018100415**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **23/07/2018**

Nº de Recurso: **780/2017**

Nº de Resolución: **636/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANGEL CHAMORRO VALDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimocuarta

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020

Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0101820

Recurso de Apelación 780/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid

Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso 456/2016

APELANTE: D./Dña. Emma

PROCURADOR D./Dña. JAVIER DEL AMO ARTES

D./Dña. Pascual

PROCURADOR D./Dña. GUSTAVO GARCIA ESQUILAS

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

SENTENCIA Nº 636

MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER CORREAS GONZÁLEZ

ILMO. SR. D. ÁNGEL SÁNCHEZ FRANCO

ILMO. SR. D. JOSE ANGEL CHAMORRO VALDES

En Madrid, a 23 de Julio de dos mil dieciocho.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas número 456/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid.

De una, como apelante Dª. Emma , representada por el Procurador. D. Javier del Amo Artes.

Y de otra, como impugnante-apelada D. Pascual , representado por el Procurador D. Gustavo García Esquilas.

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 20 de Enero de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Tinaquero Herrero en representación de Don Pascual contra Doña Emma formulo los siguientes pronunciamientos:*

1) Se mantiene el sistema de custodia compartida si bien la misma se realizará por semanas alternas de lunes a lunes a las salida del colegio salvo que fuere festivo en cuya caso se iniciará el siguiente día hábil escolar.

La custodia se iniciará el primer lunes tras la notificación de la Sentencia y la principiará el progenitor que en este trimestre le corresponda tener en su compañía a los hijos.

Cualquier conducta que obstaculice el desarrollo de la custodia en los términos fijados podrá dar lugar a su modificación.

2) Atendiendo al sistema de custodia establecido no ha lugar al establecimiento de visitas intersemanales ni a pronunciamiento alguno respecto de los denominados "puentes escolares".

3) Se mantienen el resto de medidas acordadas en Sentencia de fecha 12 de mayo de 2014 .

Sin costas".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D^a. Emma , mediante escrito de fecha 9 de Marzo de 2017, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada D. Pascual , mostró su oposición e impugnó por las razones expresadas en su escrito de fecha 18 de Abril de 2017 al que nos remitimos.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La dirección letrada de Doña Emma se alzó contra la sentencia de instancia, reclamando la revocación y que los dos menores queden bajo la guarda y custodia de la madre, con las medidas accesorias en materia de régimen de visitas y pensión alimenticia.

Y la dirección letrada de Don Pascual también se mostró disconforme con la sentencia de instancia, reclamando que el padre ostente la guarda y custodia de los hijos menores con las accesorias en materia de régimen de visitas y pensión alimenticia. Subsidiariamente, para el caso de que dicha pretensión sea desestimada, solicita que el régimen de guarda y custodia quede por períodos semanales, fijándose el pago de una pensión alimenticia de cien euros (100 euros) por hijo por parte de la madre de los menores y ciento veinticinco euros (125 euros) por hijo por parte del padre.

SEGUNDO .- Para el análisis de las cuestiones suscitadas conviene recordar que esta Sala ha afirmado que la posibilidad contemplada en el inciso final del artículo 91 del Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y si cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación y requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente trascendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

TERCERO.- 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 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 .* "

Del conjunto de pruebas practicadas se desprende que ambos progenitores tienen capacidad para cuidar y educar a los hijos, han estado y están implicados en ello y tienen buena vinculación con los hijos; así, en el apartado valoración del informe pericial psicológico, fechado el 9 de Diciembre de 2016, que obra del folio 250 al 265 ambos inclusive, se afirma que " *Una vez que el pequeño acepta la situación se observa un padre atento y afectivo que fomenta el aprendizaje y tiene lo necesario para entretenerlos y alimentarlos (libro con conceptos, colores, vehículos, números... Los niños se mueven de un progenitor hacia el otro en distintos momentos de la mañana de forma normalizada. El pequeño muestra su preferencia por la madre, mientras que el mayor trata de ser equilibrado entre uno y otro, adoptando una posición madura y de protección respecto a su hermano menor* " .

Por todo ello, la guarda y custodia compartida es conforme con el principio del beneficio del menor. Esta conclusión no queda desvirtuada por la colaboración que precisa el demandante, Don Pascual , de su madre para el cuidado y atención de los menores, pues ello es enriquecedor para éstos. Es cierto que entre los progenitores no existe la situación de entendimiento y flexibilidad deseable, pero no hay base para considerar que la comunicación entre ellos mejoraría cambiando a una guarda y custodia exclusiva, así, en el apartado conclusión del informe pericial citado se afirma que " *El conflicto de fondo no parece que pueda ser resuelto por el tipo de custodia que se recomienda, siendo lo adecuado que los padres recuperen la comunicación y adapten las estancias con los menores al tiempo libre que dispongan* " . No consta que los hijos se encuentren en una situación de riesgo en los períodos temporales que están con el padre. En el primer recurso de apelación se alega que " *... Consideramos que hay indicios de maltrato (al menos psicológicos) de la abuela paterna* " , pero ello es incompatible con la vinculación afectiva que tienen los hijos con ésta; así, en el apartado valoración del



informe pericial citado se afirma que *"en la sala de espera, a su llegada en un contexto desconocido, los menores se encuentran más cercanos a la abuela paterna e interactúan con ella más que con el padre, observándose un adecuado vínculo de seguridad respecto a ella"*.

Por la primera parte apelante no se ha acreditado que la guarda y custodia exclusiva de la madre sea lo que proteja más adecuadamente el interés de los menores y, en orden al rechazo de este tipo de guarda y custodia, hay que señalar que ésta supondría un debilitamiento de la vinculación paterno-filial; así, en el informe pericial citado se afirma que *"La madre está haciendo sentir a los menores que el padre realiza conductas inadecuadas (fotos al culete, al pie con el zapato...) y que no confía en él, los menores que se encuentran muy unidos a ella por haber sido su principal figura de referencia y protección, están empezando a mostrar desconfianza y descontento, pasando muy probablemente más tiempo con la abuela que con el progenitor. Los menores apegados a ella comienzan a mostrar que no quieren ir con una persona en quien ella no confía"*. Por la segunda parte apelante no se ha probado que la guarda y custodia exclusiva del padre sea lo más beneficioso para los hijos y, en orden a la desestimación de este tipo de guarda y custodia, hay que señalar que la disponibilidad temporal del padre como consecuencia de su jornada laboral, no favorece esta petición (vid documentos que obran del folio 208 al 220 ambos inclusive y al folio 325). Su disponibilidad temporal, según el documento que obra al folio 610, mejora a partir del 1 de Abril de 2017 pero no consta cierta continuidad en el tiempo en esa mejora. Hay que señalar que la edad de los hijos, por sí solo, no es motivo para excluir las ventajas de la guarda y custodia compartida. La primera parte apelante, en apoyo de su pretensión revocatoria, esgrime los informes periciales, pero sus conclusiones no son vinculantes sino que han de ser analizadas en conjunción con los demás elementos probatorios. Además, la recomendación del informe pericial citado a favor de la guarda y custodia materna no es contundente, pues en su apartado conclusión se afirma que *"Dado que los menores tienen síntomas que podrían aumentar parece más adecuada la custodia materna por ser la progenitora con más tiempo libre y dedicación personal, sin embargo, también se podría mantener la custodia compartida siempre y cuando el padre contara solo con el tiempo en que se puede responsabilizar personalmente"*.

En definitiva, por las partes apelantes 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 menores, 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.

Procediendo, por todo ello, la desestimación de las peticiones de las partes apelantes en materia de guarda y custodia. Su rechazo conlleva, de manera ineludible, la desestimación de las peticiones accesorias.

CUARTO.- El criterio de proporcionalidad proclamado en el artículo 146 del Código Civil también rige cuando la guarda y custodia es compartida. Y, atendido este principio, la pretensión de la segunda parte apelante consistente en que se fije el pago de una pensión alimenticia en 100 euros por hijo por parte de la madre de los menores y 125 euros por hijo por parte del padre, no puede tener una favorable acogida. La cantidad fijada a cargo de la madre para atender los gastos ordinarios fijada en la sentencia de 12 de Mayo de 2014 , que se mantiene en la sentencia recurrida, no vulnera por defecto el criterio de proporcionalidad, dado el nivel de ingresos de la madre, que se refleja en las nóminas aportadas (folios 399 a 403 ambos inclusive). Según las nóminas aportadas (documentos que obran del folio 312 al 319 ambos inclusive), los ingresos del actor siguen superando ampliamente a los de la demandada y no consta que la reducción de su jornada le suponga una aminoración sustancial en sus ingresos, por lo que la cantidad fijada a su cargo para atender los gastos ordinarios en la sentencia de 12 de Mayo de 2014 , que se mantienen en la sentencia recurrida, no vulnera por exceso el criterio de proporcionalidad.

QUINTO.- 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 este recurso.

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

FALLAMOS

Que , **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D^a. Emma , representada por el Procurador D. Javier del Amo Artes y **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D. Pascual , representado por el Procurador D. Gustavo García Esquilas, contra la sentencia de fecha 20 de Enero de 2017, del Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid, en autos de Modificación de Medidas número 456/2016, debemos



CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución; todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Con pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, salvo que sea beneficiario 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 dieciocho.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ