



Roj: **SAP CA 2134/2020 - ECLI:ES:APCA:2020:2134**

Id Cendoj: **11012370052020100862**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **30/11/2020**

Nº de Recurso: **463/2020**

Nº de Resolución: **1193/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

SECCION QUINTA

SENTENCIA N º 1.193/2020

Presidente Ilmo Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos Sres.

Don Angel Luis Sanabria Parejo

Don Ramón Romero Navarro

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n º 3 de los de DIRECCION000

Juicio de Divorcio Contencioso n º 731/2.018

Rollo de Apelación n º 463/2.020

En la ciudad de Cádiz, a día 30 de Noviembre de 2.020.

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Iltra. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio de Divorcio Contencioso en el que figura como parte apelante DOÑA Antonia , representada por el Procurador Doña Rocío García Chaves y defendida por el Letrado Don Manuel María Martín-Madariaga Castro, y como parte apelada DON Baltasar , representada por el Procurador Don José Luis Garzón Rodríguez y defendida por el Letrado Don Jesús Alonso de la Sierra Ruiz, habiendo intervenido como apelado el Ministerio Fiscal y actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n º 3 de los de DIRECCION000 en el Juicio de Divorcio Contencioso anteriormente referenciado al margen, se dictó sentencia de fecha 10 de Junio de 2.019 cuyo fallo literalmente transcrito dice: *"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Don José Luis Garzón Rodríguez, en nombre y representación de Don Baltasar , contra Doña Antonia , representada por la Procuradora Doña Rocío García Chaves, declaro disuelto el matrimonio por divorcio de los citados cónyuges, DON Baltasar y DOÑA Antonia , con los efectos siguientes:*

1-; Se atribuye la guarda y custodia de los menores a Don Baltasar , permaneciendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2-; En cuanto al régimen de visitas del progenitor no custodio, la madre estará con los menores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 14,00 horas, hasta el domingo a las 20,00 horas, debiendo recogerlos a la salida del centro escolar y reintegrarlos en el domicilio del padre. La madre también podrá tener una visita



intersemanal con los menores de forma flexible, fijándose el día que de común acuerdo se establezca. En defecto de acuerdo se fija los miércoles en horario de 17 a 20 horas en invierno y 21 en verano.

En cuanto a los periodos vacacionales se dividirán por mitad, de la siguiente forma:

a) Navidad: desde el 24 de diciembre hasta el 31 de diciembre, y desde el 31 de diciembre hasta el 06 de enero. El día 06 de enero pasaran los hijos la primera mitad, hasta las 13,00 horas, con un progenitor y la segunda mitad, hasta las 21,00 horas, con el otro progenitor.

b) Semana Santa: desde el Viernes de Dolores hasta el Miércoles Santo, y desde el Miércoles Santo hasta el Domingo de Resurrección.

c) Verano: Atendiendo a la edad de los menores, se entiende más adecuado que los meses de verano (julio y agosto), se dividan por quincenas alternas entre ambos progenitores.

d) Puentes: el progenitor que le corresponda tener al menor en ese momento será el que disfrute de puente establecido.

Los primeros de los anteriores periodos corresponderán al padre Sr. Baltasar los años pares y a la madre Sra. Antonia los años impares, quedando suspendidas durante los periodos vacacionales las visitas y estancias durante las semanas y fines de semana.

Para todos los periodos vacacionales, se establece que los menores serán recogidos en el domicilio paterno y serán devueltos también en el domicilio paterno.

3-; Se atribuye el uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar sita en el CAMINO000 nº NUM000 (DIRECCION001) de DIRECCION000 al padre y a los menores, en cuya compañía quedan.

4-; Se establece la obligación de Doña Antonia de abonar en concepto de pensión por alimentos la cantidad de CIEN EUROS MENSUALES (100 euros mensuales) para cada uno de los menores, pagaderos anticipadamente en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal efecto se designe por el padre, siendo actualizable dicha cantidad anualmente conforme a la variación que experimente el IPC.

5-; Asimismo cada progenitor deberá hacer frente al 50% de los gastos extraordinarios que se generen.

6-; No se establece pensión compensatoria a cargo de Don Baltasar y a favor de Doña Antonia".

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por la representación de DOÑA Antonia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que fue admitido por el Letrado de la Administración de Justicia, quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia se señaló para la correspondiente deliberación votación y fallo para el día 26 de Octubre de 2.020, tras lo cual se hizo entrega al lltmo. Sr. Magistrado Ponente, para el estudio y dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Basa la apelante su recurso, conforme alegó su dirección jurídica en la vista oral del mismo a tenor del escrito de interposición del mismo que consta unido a las actuaciones, en una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez "a quo" en torno a la custodia de los hijos menores de edad así como la denegación de la pensión compensatoria, lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo" en la sentencia apelada.

Sentado cuanto antecede y determinados los motivos del recurso, por lo que se refiere a la atribución de la guarda y custodia es reiterado el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo que entiende, que al disponer el artículo 92 del Código Civil como pauta que ha de guiar las resoluciones judiciales sobre cuidado y educación de los hijos, la del beneficio de los mismos, los Tribunales disponen de una amplia libertad para la decisión



de las pretensiones al respecto formuladas, hasta el punto de perder el proceso civil en que las mismas se incluyen su natural carácter dispositivo para pasar a ser de derecho necesario, inquisitivo, en aras de un interés superior, jurídicamente más digno de protección que los deseos y conveniencias de los padres, por muy legítimos y comprensibles que éstos sean, entendiéndose igualmente, que la siempre ardua tarea y delicada misión encomendada al Juez de asignar la custodia del hijo a uno u otro progenitor, en los casos de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el Juzgador "a quo" en la resolución de tal cuestión, mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia o hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal resolución adoptada. Pues bien, en este aspecto se ha acreditado que los menores han permanecido con el apelado desde que la apelantes se marchase de la vivienda familiar, constando que el mismo cuenta con las habilidades parentales suficientes para desarrollar las obligaciones derivada de la misma, habiendo explorado la "Juez a quo" a los menores sobre este punto con sometimiento al principio de intermediación judicial, del cual carece la Sala. Por otro lado y como bien explica la misma, el hecho de tener que salir de su hogar así como de la propia ciudad y el círculo de personas con las que habitualmente se relación resulta obvio que sería de su interés, por todo lo cual procede la desestimación del motivo.

Por lo que se refiere a la petición subsidiaria del establecimiento de un sistema de custodia compartida, el primer requisito es la necesaria postulación de parte. Efectivamente dispone el artículo 92. 5 del Código Civil: *"Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos"*. Y el n.º 8 del mencionado precepto legal establece que: *"Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor"*. Dicho lo anterior en la primera instancia no existió la aludida solicitud por lo que la "Juez a quo" no entró a resolver la misma, es tan solo en el escrito de interposición del recurso cuando se produce la misma. Con ello, viene a alegarse en el recurso motivos de oposición a la demanda inicial de las actuaciones que no se formularon en la primera instancia, que por su carácter de cuestiones nuevas han de merecer pleno rechazo ante la situación de indefensión que con ello se sitúa a los apelados. Se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1.997 que el recurso de apelación es una nueva instancia, con plenitud de cognición para el Tribunal sin más límites que la *"reformatio in peius"* y el consentimiento de la resolución. Sin embargo, la transferencia que del conocimiento de la cuestión litigiosa, que se hace al Tribunal de apelación como consecuencia del efecto devolutivo del recurso, se limita a una revisión del conocimiento de la cuestión por el órgano judicial "a quo", salvo cuando se trata de hechos sobrevenidos o ignorados que pueden permitir el recibimiento de las actuaciones a prueba. Por ello, el Tribunal Supremo ha señalado que el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de *Derecho "pendente apellationis, nihil innovatur"* (Sentencia de 6 de Marzo de 1.984), porque no cabe mutación extraordinaria del objeto del proceso con indefensión para la contraparte (Sentencia de 27 de Julio de 1.994).

Finalmente y por lo que se refiere a la pensión compensatoria que solicita la apelante es un hecho acreditado y no controvertido, por el propio reconocimiento de la apelante, que convive con otra persona en el domicilio de la misma y si bien manifiesta en el escrito de interposición del recurso que tan solo hacía cuatro meses anteriores a la interposición de la demanda inicial de las actuaciones, tampoco ha acreditado que se haya producido una ruptura, por todo lo cual y conforme al artículo 101 del Código Civil dicha situación fáctica, plenamente asumida, se convierte en una circunstancia obstativa para el reconocimiento del derecho pretendido.

SEGUNDO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Antonia y confirmada en su integridad la resolución recurrida, a pesar del principio objetivo del vencimiento regulado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habida cuenta de la especial naturaleza del procedimiento que nos ocupa, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

VISTOS los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS



Desestimando, como desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Antonia contra la sentencia de fecha 10 de Junio de 2.020 dictada por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n ° 3 de los de DIRECCION000 en el Juicio de Divorcio Contencioso de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma no es firme procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de su procedencia para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDUCO