



Roj: **SAP CA 2440/2020 - ECLI:ES:APCA:2020:2440**

Id Cendoj: **11012370052020101005**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **21/12/2020**

Nº de Recurso: **1719/2019**

Nº de Resolución: **1274/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAMON ROMERO NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**+Presidente: Don Carlos Ercilla Labarta**

**Magistrados: Don Angel Sanabria Parejo y Don Ramón Romero Navarro**

Juzgado de Primera Instancia núm 6 de DIRECCION000

Asunto núm 985/2018

Rollo de apelación núm **1719/19**

**SENTENCIA Nº : 1274/2020**

En Cádiz a veintiuno de diciembre de dos mil veinte.-

Visto por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de divorcio contencioso seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia referenciado, cuyo recurso fue interpuesto por DOÑA Felicísima, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana González Pedro y defendida por el letrado Sr. Don Luis Prieto Enríquez y en el que es parte recurrida DON Donato, representado por la Procuradora Doña Rosario Fátima Rodríguez Guerrero y defendido por el letrado Sr. Don Alejandro Pinto Ayala; habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Actuando como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado *D. Ramón Romero Navarro*, que expresa el parecer de esta Sala y en base a los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por la Ilma. Sra. Magistrado- Juez de Primera Instancia núm 6 de DIRECCION000 con fecha 25 de junio de 2019 dictó sentencia en los presentes autos, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

*"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D.<sup>a</sup> Ana González Pedro, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Felicísima, contra D. Donato, decretando la disolución por DIVORCIO del matrimonio contraído por ambos el día 23 de noviembre de 2004 en DIRECCION001, con los efectos legalmente inherentes, y rigiéndose el divorcio conforme a las siguientes medidas:*

1. Se atribuye a ambos progenitores la patria potestad sobre sus hijas Ofelia e Susana .

2. Ambos progenitores compartirá la custodia de sus hijas por semanas alternas, realizándose los cambios de custodia los viernes, día en que las menores serán recogidas a la salida del colegio por el progenitor al que corresponda iniciar su semana de custodia. Si no fuese día lectivo, la recogida se efectuará a las 14 horas en el domicilio del otro progenitor.

*El progenitor que en cada momento sea no custodio tendrá consigo a sus hijas los lunes y los miércoles, de 17 a 21 horas, recogiénolas y reintegrándolas en el domicilio del progenitor custodio.*

*Las vacaciones de Navidad se repartirán por mitad, de manera que las menores pasarán con cada uno de sus progenitores uno de los dos períodos que se establecen a continuación: el primero, que transcurre desde el inicio*



de vacaciones escolares a las 20 horas hasta al día 31 de diciembre a las 18,00 horas, o el segundo período, que transcurre desde entonces hasta las 20 horas del último día no lectivo.

Las vacaciones de Semana Santa se repartirán por mitad. El primer periodo comprende desde el Viernes de Dolores a las 20 horas hasta el Miércoles Santo a las 20.00 horas, y el segundo desde entonces y hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección.

Las vacaciones estivales comprenden los meses de julio y agosto, y se disfrutarán por quincenas alternas, distribuyéndose conforme al siguiente desglose: un primer periodo que comprendería desde el 1 a las 12:00 horas al 16 de julio hasta las 12:00 horas, un segundo periodo entre el 16 a las 12:00 horas y el 31 de julio hasta las 12:00 horas, un tercer periodo que abarcaría desde el 1 de agosto a las 12:00 horas y el 16 de agosto hasta las 12:00 horas y un cuarto periodo comprendido entre el 16 a las 12:00 horas y el 31 de agosto hasta las 12:00 horas. Durante las vacaciones de verano, el progenitor que no tenga consigo a las menores podrá visitarlas lunes y miércoles de 17 a 21 horas, siempre que las menores no hayan salido fuera de la provincia de Cádiz, debiendo recogerlas y reintegrarlas en el lugar en el que se encuentren con el progenitor custodio.

La madre elegirá el período a disfrutar en los años pares y el padre en los impares.

Los días de las onomásticas y cumpleaños de las hijas, así como el día de Reyes, el progenitor que no tenga consigo a las niñas disfrutará de su compañía de 17 a 20 horas.

3. El uso del domicilio conyugal corresponderá a ambos cónyuges por períodos anuales alternos, comenzando en dicha alternancia la esposa, hasta que se ponga fin a la copropiedad que ambos ostentan sobre el inmueble. cada uno de los progenitores abonará los suministros y gastos derivados del uso del inmueble durante los períodos en que les corresponda su uso.

4. Ambos progenitores abonarán por mitad los gastos extraordinarios en que incurran las hijas que quedan bajo la guarda y custodia compartida de ambos y, además, todos aquellos gastos que tengan la cualidad de ordinarios pero cuyo pago no sea exigible con carácter exclusivo a ninguno de ellos, tales como gastos escolares, de actividades extraescolares, tratamientos médicos habituales y otros de análoga naturaleza.

5. D. Donato abonará a D.<sup>a</sup> Felicísima, a favor de la hija mayor de edad de ambos, una pensión alimenticia de 250 euros mensuales, que abonará por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que designe la madre, y que se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el IPC publicado por el INE u organismo correspondiente.

Ambos progenitores abonarán los gastos extraordinarios en que incurra su hija, teniendo tal consideración expresamente los derivados de su educación, incluso los generados a principio de curso y las clases particulares. Los gastos que no tengan carácter necesario y/o urgente habrán de ser previamente consensuados por ambos progenitores.

6. No ha lugar a efectuar expresa condena en costas."

**SEGUNDO.**-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte apelante se preparó, en tiempo y forma, recurso de apelación por entender lesiva para sus intereses la resolución de instancia. Admitido que lo fue en ambos efectos, y formalizado alegando los motivos de disenso con la sentencia, se dio traslado del escrito de formalización a la parte contraria por plazo de diez días a fin de que pudieran oponerse al recurso o impugnar la resolución. Transcurrido dicho término se elevaron a esta Audiencia los autos originales con los escritos presentados.-

**TERCERO.**- Recibidos los autos, formado el rollo correspondiente para sustanciar la apelación, turnada que fue la ponencia, quedaron los autos conclusos para dictar resolución dentro del término legal, luego de renunciar las partes a la prueba documental interesada tal y como quedó constatado en escrito presentado de consuno.-

**CUARTO.**-Que en la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.-

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Es reiterada la posición de la Sala 1ª del TS, v gr. S.22 mayo 2000, respecto a la fundamentación por remisión, según la cual si la resolución de primer grado es aceptada, la que confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos, debiendo, en aras de la economía procesal, corregir sólo aquellos que resulte necesario ( STS de 16 de octubre de 1992 [RJ 1992\7826]), amén de que una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juzgador "ad quem" se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por aquélla ( STS de 5 de noviembre de 1992 [RJ 1992 \9221]), cuya doctrina jurisprudencial es de aplicación en este supuesto. Se



adopta el sistema de custodia compartida por cuanto que es el más adecuado al interés de las menores, y ese interés no se identifica necesariamente con la apetencia personal de éstas en un momento, de su desarrollo juvenil, cambiante. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, donde se dice que se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten(...); señalando el artículo 2.b La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. La toma de partido por la madre en el conflicto generado, sin que exista una causa que permita dudar de la realidad del buen hacer como padre del otro progenitor, simplemente por una mayor afinidad y confianza con aquella, no nos puede hacer perder de vista la necesaria compatibilidad y complemento de la custodia paterna( con sus virtudes y sus defectos, como todos) para el adecuado desarrollo de la personalidad de las menores. Por ello no existiendo causa alguna que permita dudar de la bondad del sistema de custodia compartida, que indudablemente se ha venido desarrollando hasta ahora en ejecución de las medidas adoptadas en la sentencia, sin que conste hecho alguno obstativo al acierto de aquella, procede la confirmación del sistema instaurado, sin perjuicio de lo que se expone en los siguiente fundamentos.

**SEGUNDO.-** Por la parte apelante, con carácter subsidiario se interesaba el dictado de una sentencia que acordara la revocación parcial del fallo de la sentencia que se recurre, estableciendo las siguientes modificaciones en cuanto a la forma del desarrollo del régimen de custodia compartida. Así se pedía que se estableciera lo siguiente:

*Ambos progenitores compartirán la custodia de sus hijas por quincenas alternas, realizándose los cambios de custodia los viernes, día en que las menores serán recogidas a la salida del colegio por el progenitor al que corresponda iniciar su semana de custodia. Si no fuese día lectivo, la recogida se efectuará a las 14 horas en el domicilio del otro progenitor.*

- Durante los períodos en que Doña Felicísima no ostente la custodia, tendrá consigo a sus hijas los martes y los jueves, de 17 a 21 horas, recogiénolas y reintegrándolas en el domicilio de Don Donato '.

Por su parte en el escrito de oposición al recurso de apelación, la alegación sexta finaliza de la siguiente manera:

'...vista la solicitud recogida con carácter subsidiario en el punto sexto del recurso, esta parte se mostraría conforme con el hecho de que la custodia compartida tuviera una alternancia quincenal, en vez de semanal, al ser incluso una cuestión ya planteada entre las partes y entenderse podría ser más beneficioso para éstas.

Igualmente tampoco habría inconveniente en que, habida cuenta el horario laboral de los progenitores, las visitas intersemanales para el progenitor no custodio en cada período sean, en vez de los lunes y miércoles para ambos, los martes y jueves para la madre y los lunes y jueves para el padre, en las mismas condiciones y horarios que recoge la sentencia dictada'.

Como quiera que ambas partes de consuno se mostraron de acuerdo con el hecho que se pretendía demostrar documentalmente y con sus consecuencias jurídicas, ambas interesaron se suspendiera la vista y se señalara para votación y fallo del recurso. Es obvio que si el sistema de custodia compartida, con respecto al que no existía motivos fundados como para no decretarlo, al margen de las apetencias personales y temporales de las hijas, arrastradas quizás por un conflicto de lealtades por la hermana mayor, no hubiera funcionado durante este tiempo no se habría interesado por la madre apelante como subsidiario el sistema quincenal y no el semanal, y menos la consideración conjunta de la pretensión subsidiaria. Por ello procede estimar en este punto el recurso y con el resultado concorde afrontado por las partes para el supuesto del mantenimiento de la custodia acordada en la instancia.

**CUARTO.-** Estimándose parcialmente el recurso no procede hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Los asuntos matrimoniales tienen una especial naturaleza que los diferencia de aquellos otros en que se ventilan pretensiones excluyentes y no armonizadoras, por regla general concurre la existencia de una profunda subjetividad y normal tensión que impregnan las relaciones familiares en tiempos de crisis; la relatividad de muchos conceptos utilizados; la necesidad de acudir a los Tribunales para obtener una regulación de las complejas consecuencias de la crisis convivencial; la existencia de hijos menores, cuyos intereses son los más protegidos por encima de los particulares de la partes en litigio, y con algunas aspectos que afectan a materias de orden público; y el derecho a la discrepancia con respecto de lo que sea mejor para el menor, etc."



Por tanto, nos hallamos ante una corriente jurisprudencial en la que en el ámbito de derecho de Familia, de hecho se aplica como principio general el subjetivo o el de la temeridad, o también podría considerarse que para materias como ésta exista una llamada a la facultad discrecional del Juzgador, como permite el artículo 394.1 de no efectuar expresa imposición de costas cuando concurren serias dudas de hecho o de derecho.

Por esta Sala se considera que no deben efectuarse planteamientos generales, sino atendidas las circunstancias del caso concreto, razonando si en el mismo se aprecian serias dudas de hecho o de derecho ante las situaciones de todo tipo que subyacen en los procesos matrimoniales y la yuxtaposición y/o enfrentamiento entre los cónyuges, a las que coadyuvan circunstancias personales, económicas, laborales, etc., por lo que este Tribunal no acostumbra, salvo mala fe o temeridad en este tipo de procesos, imponer expresamente a las partes las costas procesales causadas, y en estricta aplicación de los principios objetivo y de causalidad, planteamiento que debe entenderse amparado en la expresión dudas de hecho o de derecho.

Vistos los arts citados y demás de general y pertinente aplicación, por cuanto antecede **EN NOMBRE DE S.M. EL REY** pronunciamos el siguiente

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Felicísima contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm 6 de DIRECCION000 en el juicio de referencia, **DEBEMOS REVOCAR y REVOCAMOS DICHA RESOLUCIÓN en el sentido de fijar el sistema de custodia compartida quincenalmente en lugar de por semanas**, tal y como se describe en el fundamento de derecho tercero interesado de consuno, subsidiariamente para el caso de mantenerse la custodia compartida. Sin costas en esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber 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 ésta, y con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la 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.

E./