

Roj: **SAP B 1/2007 - ECLI:ES:APB:2007:1**Id Cendoj: **08019370182007100001**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Barcelona**Sección: **18**Fecha: **20/02/2007**Nº de Recurso: **1002/2005**Nº de Resolución: **102/2007**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ENRIC ANGLADA FORS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN DECIMOCTAVA

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

ROLLÓ Nº **1002/2005**

JUICIO DE SEPARACIÓN CONYUGAL Nº 38/2004

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE GRANOLLERS

SENTENCIA Núm. 102/07

Ilmos. Sres.

D. ENRIC ANGLADA FORS

D^a. MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLOD^a. M^a DOLORS VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a veinte de febrero de dos mil siete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de separación conyugal, nº 38/2004, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Granollers, a instancia de DOÑA Araceli representada por el Procurador DON ÁNGEL JOANQUET IBARZ y dirigida por el Letrado DON MONTSERRAT AYUSO SANCHÍS, contra DON Lucas representado por el Procurador DON ANTONIO ANZIZU FUREST y dirigido por el Letrado DON M^a CLARA ORPINELL SALA, y con la debida intervención del Ministerio Fiscal; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 31 de enero de 2005 por el Ilmo. Sr. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " Que ESTIMANDO PARCIALMENTE las demandas interpuesta por el procurador don Ramón Daví Navarro, en representación de doña Araceli y Por el Procurador don Óscar Entrena Lloret, en representación de don Lucas , DECLARO la separación del matrimonio formado por doña Araceli y don Lucas . Y por consiguiente se fijan los siguientes efectos:

1) Se otorga a doña Araceli la guarda y custodia de los hijos menores de edad del matrimonio, que seguirán sujetos a la patria potestad de ambos progenitores.

2) don Lucas podrá tener a sus hijos en su compañía, en defecto de acuerdo entre los cónyuges:

a) fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas.



b) todos los miércoles, desde la salida del colegio y con pernocta en el domicilio paterno. Don Lucas se encargará de llevar a los niños al colegio el jueves por la mañana.

c) la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano. En los años pares será la madre la que elija el período en que sus hijos estén en su compañía, en tanto que en los impares esta elección corresponderá al padre.

Don Lucas habrá de ser quien recoja a los niños del domicilio materno y quien los reintegre al mismo.

4) Don Lucas deberá contribuir, en concepto de pensión de alimentos, con CUATROCIENTOS EUROS (400 euros) mensuales para cada uno de sus hijos, así como con la mitad de los gastos extraordinarios. Esta cantidad deberá ser abonada durante los primeros cinco días de cada mes por mensualidades anticipadas, se actualizará cada 1 de enero conforme al índice de Precios al Consumo y se ingresará en la cuenta que designe doña Araceli.

5) Doña Araceli y don Lucas deberán abonar por mitad las cuotas correspondientes al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

E igualmente DECLARO haber lugar al ejercicio de la acción de división sobre la vivienda familiar, sita en la CALLE000 nº NUM000 de Figaró-Montmany. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas"

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación del demandado, del que se dio el oportuno traslado a las otras partes en litigio, presentando la actora y el Ministerio Fiscal escrito de oposición al mismo, tras lo cual se remitieron los autos a esta Superioridad, y recibidas las actuaciones y comparecidos sendos litigantes, se designó Ponente y, luego de admitirse las pruebas propuestas por ambas partes, se señaló para la celebración de vista el día 1 de junio de 2006, la cual fue suspendida, a petición de las Letradas de los litigantes, para someterse éstos a medición, remitiendo seguidamente a los progenitores a una entidad mediadora a los efectos de así poder resolver las diferencias existentes entre ellos.

TERCERO.- En fecha 24 de noviembre de 2006, se recibió de los Servicios de Mediación la comunicación de que las partes habían alcanzado un ACUERDO PARCIAL, habiendo solventado sus diferencias en lo referente a la finca que constituyó el último domicilio conyugal. Paralelamente, la representación del recurrente presentó escrito solicitando que se prosiguiera con la tramitación del recurso y se señalara nuevamente vista para que el Tribunal resolviera el resto de los motivos de apelación, adjuntando el acta final de la mediación, fechada el día 20 de noviembre de 2006, en la que se explícita, de una parte, que no se ha podido llegar a acuerdos en lo relativo a la guarda de los hijos, derecho de visitas y pensión alimenticia, y, de otra, que se ha alcanzado acuerdo en cuanto a la finca que constituyó la sede del domicilio conyugal, adjudicándose al Sr Lucas la mitad propiedad de la Sra. Araceli, a cambio de que aquél se haga cargo de la hipoteca que grava la misma y abone a ésta la suma de 90.000 €, de cuyo escrito se dio traslado a las otras partes, evacuando éste la representación de la apelada, mediante escrito presentado el día 18 de diciembre de 2006, en el que muestra conformidad a un nuevo señalamiento de vista en el presente rollo de apelación, lo cual realizó la Sala, con la finalidad primordial de que las partes pudieran realizar alegaciones acerca de toda la prueba practicada en esta alzada, fijándose para ello el día 15 de febrero de 2007 en cuyo acto efectuaron las manifestaciones y valoración acerca de tales medios probatorios, según se constata en el compact-disc y en las actas autorizadas por la Sra. Secretaria de la Sección, debidamente incorporadas a las actuaciones.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el lltmo. Sr Presidente de la Sección, D. ENRIC ANGLADA FORS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La correcta solución de la problemática debatida en el presente recurso de apelación, pasa por la fijación de una serie de hechos y datos nuevos, posteriores al dictado de la sentencia de instancia y que son realmente trascendentes para resolver adecuadamente los efectos de la separación conyugal que son objeto de controversia, tales como:

a) el acuerdo parcial de mediación, que ha determinado la efectiva resolución de dos de los motivos de apelación formulados por el demandado, esto es, los relativos al uso de la vivienda familiar y a la división de la cosa común (folio 53 del rollo de apelación) y que ha conllevado a la efectiva adjudicación de aquélla a favor del Sr. Lucas, habiéndose otorgado la escritura pública de cesión de la mitad indivisa de la Sra. Araceli el pasado día 7 de febrero de 2007.



b) la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio , sobre modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que contiene una regulación específica acerca de la custodia compartida, la cual no había entrado en vigor en el momento de interponerse la apelación que ahora nos ocupa.

c) el resultado de la prueba practicada en esta alzada y singularmente de la exploración judicial del hijo de los litigantes Lorenzo , quien, ante los componentes del Tribunal y del Ministerio Fiscal, manifestó, con absoluta convicción, su voluntad y deseo de compartir, por un igual, el tiempo de convivencia con su padre y con su madre (folio 41 del rollo).

SEGUNDO.- 1. Sentado lo precedente, es de constatar que los motivos de apelación, tras desistir del primero de ellos, atinente al quebrantamiento de normas esenciales del procedimiento determinantes de nulidad, han quedado reducidos y centrados sólo en tres de ellos, los referentes a la guarda de los menores, el régimen de visitas del progenitor no custodio para con sus hijos y la pensión alimenticia a favor de aquéllos y a cargo de éste.

2. Realizado este breve preámbulo, es de reseñar, con carácter previo, vistos los alegatos revocatorios del apelante y la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio , que la primordial cuestión controvertida en esta alzada, sigue siendo la de la guarda de los hijos, pero ajustada más a la posibilidad de que el Tribunal acuerde una custodia compartida y no exclusivamente una guarda y custodia a favor del padre, como había establecido en su día el auto de medidas provisionales y pretendía éste en la instancia, con fundamento tanto en la normativa regulada en la mentada Ley y en concreto en lo dispuesto en el artículo 92, 8. del Código Civil , como en la exploración del hijo de los litigantes Lorenzo .

TERCERO.- 1. Planteada así la problemática litigiosa en esta segunda instancia, es de señalar, que la nueva normativa regulada en el Código Civil -el Codi de Família catalán no contempla de forma expresa la denominada custodia compartida, pero tampoco la excluye (Art. 76 a), "i també, si és el cas".), aunque el proyecto de Codi Civil de Catalunya si que recoge el denominado plan de parentalidad (Art. 233, 9 .) y como contenido del mismo se refiere al lugar donde vivirán los hijos, las modalidades de las relaciones en los periodos de tiempo en que los progenitores no tengan la guarda, la forma de ejercer sus responsabilidades y tomar decisiones, las tareas que ejercerá cada uno y el tiempo que tendrán que dedicarle-, no contiene una definición expresa de tal institución, si bien, se puede afirmar, al respecto, que cuando se alude a la custodia compartida, nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con que progenitor vivirá el niño en cada momento. A tal efecto, el artículo 92,8. del Código Civil , en su redacción actual, dispone que, de forma excepcional y aún cuando no se den los presupuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal -cuyo carácter vinculante se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio del niño/a/os/as-, podrá acordar la guarda y custodia compartida, con fundamento en que de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor/ de los menores -pº del favor filii o del favor minoris-. Su regulación viene motivada, porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas 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, están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores. Finalmente, no pueden dejarse de observar y tener en cuenta los criterios propuestos en el mencionado Proyecto del Código Civil catalán, para acordar la custodia compartida, pues el artículo 233, 10 ., en la regulación de las uniones estables de pareja, hace una remisión a los preceptos que sistematizan estas materias en la ruptura matrimonial, y en concreto al artículo 234, 9., que contempla, tanto la aptitud y la disponibilidad de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y cooperar con el otro para garantizar la máxima estabilidad del hijo o hija, como los deseos expresados por el hijo o hija mayor de 12 años o menor si tiene suficiente juicio, cuanto la viabilidad de la guarda compartida teniendo en cuenta la ubicación de los respectivos domicilios de los progenitores, los horarios y actividades del hijo o hija, los horarios y actividades de los progenitores y sus medios económicos.

2. Expuesto lo anterior, será de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida: 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 a 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

3. Pasando al análisis del caso concreto que aquí nos ocupa, es de sentar, siguiendo los dictados del Ministerio Fiscal -que actúa en interés de los menores- expuestos en el acto de la vista de la apelación, tras informar favorablemente acerca de la custodia compartida solicitada por el padre de los niños, una vez ha detallado las distintas ventajas e inconvenientes propios y específicos del supuesto de autos, que son altamente superiores aquéllas frente a éstos, pues si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor/a los menores en un sistema de custodia exclusiva, y lo cierto es que con la custodia compartida se producen grandes beneficios para los hijos en el presente caso, máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de éstos, al haberla ostentado el padre durante 13 meses consecutivos, desde el dictado del auto de medidas provisionales hasta la fecha de la sentencia aquí apelada, de fecha 31 de enero de 2005, en la que se otorgó la guarda y custodia a la madre, quien la sigue teniendo desde entonces, esto es, hace 24 meses, que el transcurso del tiempo y el hecho de haber accedido ambos progenitores a someterse a mediación ha limado en gran manera las asperezas y acritudes habidas al principio de la ruptura de la convivencia, hasta el punto de que los dos padres, que se implican mucho en el cuidado y educación de sus hijos, comparten tutorías en el colegio en donde éstos cursan sus estudios, a cuyo lugar han acudido prácticamente a diario para poderse comunicar con ellos, sin poder obviar, asimismo, que los dos progenitores gozan de capacitación y aptitud suficiente y adecuada para ostentar la custodia de sus hijos, tal como se colige del informe del SATAV -el cual se valora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la LEC.-, y que, aunque residan en dos localidades distintas, la escuela de los menores se halla a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los dos niños están plenamente arraigados, tanto en el ámbito familiar, como en el social, al haber vivido con anterioridad en los dos sitios, siendo sus referentes altamente positivos en los dos entornos, aparte de que en los supuestos de custodia compartida resulta prioritario para los menores la presencia de las dos figuras parentales, dado que les ofrece tranquilidad, antes que la estabilidad o inamovilidad del espacio físico en donde vienen desarrollando su vida, en cuyas dos casas, además, tienen todos los enseres y objetos que precisan, y así lo señaló y puntualizó el hijo de los litigantes, Lorenzo, en la prueba de exploración practicada por los miembros del Tribunal, quien, tras expresar que ha venido a tal acto acompañado de su padre y de su madre -lo que no deja de ser una muestra de entendimiento y cordialidad entre ambos- y que su hermana va al mismo colegio que él, en donde tiene muchos amigos, manifestó, en varias ocasiones, que si bien vive con la madre le gustaría estar y permanecer más tiempo con el padre, y preguntado cuál era su propuesta ampliatoria, explícito con detalle la equiparación de días con uno y con otro progenitor (vide folio 41 del rollo de apelación), hasta el extremo que su deseo no es otro que el de estar el mismo tiempo con su madre que con su padre, lo cual viene a coincidir precisamente, como se ha indicado al principio de la presente resolución, con la finalidad y naturaleza de la custodia compartida, esto es, la alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres.

4. Llegados a este extremo, es de concluir afirmando que, en el supuesto de autos, habiendo el Ministerio Fiscal informado en el acto de la vista de la apelación a favor de la custodia compartida, se cumple el presupuesto procesal, de pertinente aplicación, previsto en el artículo 92, 8. del Código Civil, y, por tanto, el Tribunal estima que debe acordarse la guarda y custodia compartida de los dos hijos de los progenitores hoy en litigio a favor de éstos, en el bien entendido que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior, tanto de Lorenzo -cuyo deseo es palmario-, como de Laura, pues, aparte de que debe procurarse no separar a los hermanos, lo que el sistema de custodia compartida potencia que así sea, dada la convivencia conjunta de cada uno de ellos en las estancias ya sea con uno o con otro progenitor, para la niña -que cuenta en la



actualidad con 7 años y casi 9 meses de edad- su hermano mayor, Lorenzo -de 13 años y casi 4 meses de edad- es un referente importante en todos los aspectos de su vida.

5. En definitiva, se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida de ambos hijos con cada uno de sus progenitores, si bien el Tribunal, atendida a la edad de Laura y a lo expresado con sumo detalle por el hijo Lorenzo en la prueba de exploración judicial, considera que no es conveniente ni aconsejable estimar la petición del Ministerio Fiscal de que se fije aquélla por semanas alternas, si no por días de la semana y partiendo la misma, ya que así se asegura una regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas y, eso sí, alternándose los fines de semana. Por ello se establece el siguiente régimen de custodia compartida: lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre, siempre con pernocta en casa de cada uno de los progenitores, el cual deberá acompañar a la mañana siguiente a los niños al colegio en donde cursan sus estudios, así como los fines de semana -que abarcarán desde el viernes a la salida de la escuela hasta el lunes a la entrada de la misma- con la debida alternancia, o sea, un fin de semana con cada progenitor -y por ello la recogida de los niños el viernes y su llevanza el lunes al colegio, deberá realizarse por quien de los dos le corresponda el concreto fin de semana-. Asimismo se mantiene el pronunciamiento concerniente a que las vacaciones escolares de los hijos, en los períodos de Navidad, Semana Santa y verano sean disfrutadas por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre elegir el período en que los niños estén en su compañía, en los años pares, y al padre, en los años impares.

CUARTO.- 1. El sistema de guarda y custodia compartida acordado por el Tribunal, deja sin contenido y convierte en innecesario el segundo motivo de la apelación, el referente al régimen de visitas de los hijos con el progenitor no custodio, dado que no se da en el presente supuesto tal situación, al tener ambos el calificativo de progenitores custodios, por compartir, por mitad, el tiempo de estancia con sus hijos.

2. Tampoco se estima adecuado hacer un pronunciamiento específico y distinto del lógico y coherente en situaciones como la que ahora nos ocupa, respecto de la medida dimanante de la separación conyugal relativa a los alimentos de los hijos -Art. 259 del Codi de Família-, pues, si bien es cierto que los ingresos de la madre son superiores a los de padre, no lo es menos que aquélla, tras el acuerdo de mediación alcanzado, tiene mayores gastos que éste, como se colige de la documentación aportada al acto de la vista del recurso (folios 79 al 86), por lo que se establece que cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de su hijos cuando permanezcan con él y en cuanto a los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres.

QUINTO.- Consecuentemente con todo lo razonado, procede, con estimación del recurso formulado y correlativa revocación en parte de la sentencia impugnada, dar lugar a la pretensión del apelante en los términos explicitados en el cuerpo de la presente resolución.

SEXTO.- No es de hacer una especial declaración acerca de las costas causadas en la alzada - Art. 398, 2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Lucas , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr Magistrado-Juez de Primera Instancia nº Dos de Granollers, en fecha treinta y uno de enero de dos mil cinco, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mentada resolución en cuanto a las medidas dimanantes de la declaración de separación conyugal de los consortes en litigio, Doña Araceli y Don Lucas y así, luego del acuerdo parcial de mediación alcanzado por dichos esposos, en fecha veinte de noviembre de dos mil seis, se fijen como efectos de aquélla los siguientes:

1) La guarda y custodia compartida de ambos hijos, Lorenzo y Laura con cada uno de sus progenitores, y en concreto se establece que éstos siempre permanecerán y pernoctarán los lunes y los martes con la madre, y los miércoles y los jueves con el padre, y los fines de semana de forma alterna, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como la mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y verano, asimismo con la debida alternancia, correspondiendo la elección del disfrute de tales vacaciones, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre en los años pares y al padre en los impares.

2) Cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando estén con él y los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres.

Todo ello, sin hacer imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes litigantes.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La extiendo yo la Secretaria Judicial para hacer constar que en el día de la fecha ha sido leída y publicada la anterior sentencia estando celebrando audiencia pública. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ