



Roj: **SAP SA 378/2015 - ECLI:ES:APSA:2015:378**

Id Cendoj: **37274370012015100378**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/2015**

Nº de Recurso: **18/2015**

Nº de Resolución: **227/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARTIN PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Salamanca, núm. 8, 11-11-2014,
SAP SA 378/2015**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA SENTENCIA: 00227/2015

SENTENCIA NÚMERO 227/15

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO

DON JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ, STE.

En la ciudad de Salamanca a Treinta y uno de Julio del año dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio de Modificación de Medidas Nº 1442/13 del Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Salamanca , **Rollo de Sala Nº 18/2.015** ; han sido partes en este recurso: como demandante apelante **DON Ezequias** , representado por el Procurador Don Miguel Angel Gómez Castaño, bajo la dirección del Letrado Don Ezequias y; como demandada apelada DOÑA Flor , representada por la Procuradora Doña Ana María García Díaz, bajo la dirección del Letrado Don Juan Santos Pérez Moneo; siendo parte el **MINISTERIO FISCAL** .

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día once de Noviembre de dos mil catorce, por la Sra. Juez Sustituta del Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Desestimo la demanda presentada por Don Ezequias , representado por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Angel Gómez Castaño frente a Doña Flor , representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María García Díaz y, sin especial condena en costas a ninguna de las partes, Dispongo que no procede la modificación de las medidas acordadas por la sentencia dictada por este Juzgado el 14 de Septiembre de 2012 en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido con el número 574/2012 manteniéndose la guarda y custodia de la hija menor Purificacion a favor de la progenitora, y la pensión de alimentos a favor de esta y a satisfacer por el progenitor, así como el abono por mitad de los gastos extraordinarios de los hijos.- En cuanto al hijo mayor Martin cada uno de los progenitores se hará cargo de sus gastos en los periodos que esté con cada uno. Referente a sus gastos de ropa, relaciones y otros como puede ser telefonía móvil, el progenitor, abonará el 60% de estos gastos y la progenitora el 40% ."

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 en la que se conceda la custodia compartida para la hija menor Purificación con supresión de la pensión de alimentos y con gastos extraordinarios por mitad para ambos hijos.

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, o subsidiariamente se adopten las medidas interesadas en su escrito de contestación a la demanda, con expresa imposición de las costas de la alzada a la parte apelante.

Por el Ministerio Fiscal, se presentó escrito manifestando no oposición al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día dieciocho de Marzo 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 JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Ezequias , se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 8 de Salamanca con fecha 11 de noviembre de 2014 , en procedimiento de modificación de medidas, que desestimó la demanda del recurrente solicitando la guarda y custodia compartida de la hija menor Purificación , disponiendo el mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la progenitora Dª. Flor y la pensión de alimentos a favor de esta acordada por los progenitores.

Se basa el recurso en la alegación de incorrecta aplicación del art. 91 Código civil en relación con el art. 775.1 LEC ; infracción del art. 92 Código civil y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la Sentencia de 29 de abril de 2013 ; valoración incorrecta de las pruebas; inadecuada salvaguarda del interés del menor; incoherencia y desproporción de las disposiciones económicas de la sentencia; infracción de normas o garantías procesales causando indefensión; e incongruencia de la sentencia.

SEGUNDO.- Como hechos relevantes ha de partirse de que las partes de la litis, D. Ezequias y Dª. Flor , tienen dos hijos, Martín nacido el NUM000 de 1996, en la actualidad mayor de edad, y Purificación nacida el NUM001 de 2000. Se divorciaron por sentencia de 14 de septiembre de 2012 , en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. En la sentencia de divorcio se aprueba el convenio regulador propuesto por los cónyuges, atribuyéndose la guarda y custodia de los hijos a la madre, y añadiendo en la estipulación tercera:

"Se establece a favor del padre un régimen de visitas y comunicación amplio y flexible, que se desarrollará a la mutua conveniencia y aceptación de ambos padres, fijándose como régimen de visitas y vacaciones de los hijos menores del matrimonio el siguiente:

- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta los domingos a las 22:00 horas en que serán devueltos a la madre en el domicilio de ésta. En caso de puentes se prolongará el periodo del fin de semana, desde la salida del colegio del último día laborable hasta las 22:00 horas del último día no lectivo.

- Las tarde de los lunes, martes, miércoles y jueves de semanas alternas (haciendo coincidir, siempre que sea posible, el periodo de estancia con el padre con el que pudiera corresponder al turno de tarde de trabajo de la madre), desde la salida del Colegio hasta las 22:00 horas. Expresamente se hace constar que en estas semanas de visitas al padre por las tardes el hijo del matrimonio, Martín , podrá pernoctar con su padre siempre que de común acuerdo lo acepten padre e hijo.

- Mitad de las vacaciones escolares (...)

(...) Los cónyuges, en beneficio de sus hijos, se comprometen a flexibilizar lo más posible el régimen de visitas acordado, de tal manera que el padre pueda estar en contacto fluido con ellos, incluso telefónicamente, y la ruptura matrimonial les afecte lo menos posible (...)"

En la demanda de modificación de medidas presentada el 4 de noviembre de 2013 se solicitaba que la guarda y custodia de los hijos fuera compartida por ambos progenitores. En las medidas provisionales, coetáneas con esta demanda, las partes llegaron a un acuerdo referente a que la guarda y custodia del hijo mayor de edad fuera compartida por ambos progenitores y la de la hija menor se atribuyera a la madre.



TERCERO.- Como primer motivo del recurso, se alega la incorrecta aplicación del art. 91 CC en relación con el art. 775.1 LEC, al considerar que la sentencia fundamenta para desestimar la demanda de modificación de medidas que no se han producido modificaciones sustanciales desde la sentencia de divorcio. Entiende que se han producido modificaciones sustanciales desde el 14 de septiembre de 2012, fecha en la que se dicta la sentencia de divorcio. En concreto, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, se ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el art. 92.8 Código civil. Asimismo, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013, al establecer una doctrina jurídica favorable a la custodia compartida al establecer que "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". Añade que el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de noviembre de 2013 considera que las dos sentencias suponen un cambio de circunstancias sustancial; y lo comparte la Sentencia de la AP Salamanca de 8 de julio de 2014.

Al respecto ha de señalarse que la sentencia recurrida no desestima la demanda de modificación de medidas propiamente porque no se hayan producido modificaciones sustanciales desde la sentencia de divorcio; en realidad, la sentencia se limita, a modo de introducción, a recordar los criterios legales y la doctrina jurisprudencial respecto a los requisitos que han de concurrir para la estimación de la solicitud de modificación de medidas, advirtiendo de la necesidad de que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al acordarlas. En todo caso, no constituye la *ratio decidendi* de la modificación planteada que no se haya producido tal variación en el presente supuesto, y tampoco fundamenta la desestimación de la petición de custodia compartida en este motivo, sino en otros argumentos de fondo.

Se alega por el recurrente la existencia de grave discriminación de Purificación respecto a su hermano mayor, dado que éste en virtud del convenio regulador ha venido ejercitando la facultad de pernoctar en casa del padre en las semanas alternas que le corresponden, lo cual entiende ha provocado que la custodia pactada se convierta en una custodia compartida de "facto", y que ha quedado formalizada judicialmente como custodia compartida el 14 de mayo de 2014 tras pactarse por ambos progenitores. Alega que la hija menor aprecia una discriminación y pide el mismo derecho de poder pernoctar en casa del padre en esas semanas.

No se aprecia la existencia de discriminación alguna, dado que los propios progenitores pactaron un régimen distinto para cada uno de los menores en el convenio regulador, permitiendo pernoctar al hijo en casa del padre, y es de suponer que lo hicieron en atención a las diferentes condiciones de cada uno de los hijos, especialmente la distinta edad.

Por otra parte, nada impediría que los progenitores acordasen, igual que lo hicieron en su momento en el convenio regulador respecto al hijo, que en las semanas de relación con el padre por las tardes, la hija Purificación pueda pernoctar con su padre "siempre que de común acuerdo lo acepten padre e hija". La cláusula final del convenio da suficiente base para ello, al disponer que ambos progenitores, en beneficio de sus hijos, se comprometen a flexibilizar lo más posible el régimen de visitas acordado, de tal manera que el padre pueda estar en contacto fluido con ellos.

Alega el recurrente que, a diferencia del criterio jurisprudencial y legal, no se ha tenido en cuenta el deseo de la hija menor de tener la custodia compartida manifestada ante el equipo psicosocial del juzgado y ante la juez y fiscalía en la exploración. Sin embargo, ha de señalarse que la STS de 20 octubre de 2014 fija doctrina en el sentido de la necesidad de escuchar a los menores, en todo caso a los mayores de 12 años, constituyendo un presupuesto que fue adecuadamente cumplido en el presente proceso. Además, ciertamente el art. 12 de la Convención de los Derechos del niño de Naciones Unidas dispone que se garantizará al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten "teniéndose en cuenta debidamente las opiniones del niño, en función de su edad y madurez", pero tener en cuenta su opinión no significa necesariamente que sean atendidos sus deseos, sino que esa opinión será un aspecto relevante que ha de ser apreciado y valorado por el juez junto a los demás elementos de juicio para adoptar la fórmula que mejor atiende a los intereses del menor. El juzgador a quo valoró lo expresado por la menor, y argumentó debidamente, junto a la totalidad de la prueba practicada, a fin de dictar la resolución que considera más beneficiosa para el interés del menor.

El hecho de que al hijo mayor se le aplicase desde mayo de 2014 el régimen de custodia compartida y actualmente sea mayor de edad, no permite afirmar que por imposición judicial se separa a los dos hermanos contra la voluntad y deseo de los mismos. Es así, dado que la custodia compartida del hijo mayor en su momento fue acordada por ambos progenitores, no impuesta por el juez, si no que fue decisión de ambos adoptar un distinto régimen; y actualmente, el hijo mientras mantenga la dependencia económica es libre de decidir con quien convivir.



CUARTO.- Se alega por el recurrente infracción del art. 92 CC , que entra en oposición con la doctrina del TS fijada expresamente en la Sentencia de 29 de abril de 2013 , que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, apartándose manifiestamente la sentencia recurrida de la nueva doctrina.

Se alega que la valoración del interés de la menor no ha quedado adecuadamente salvaguardada, al tener en cuenta la sentencia un solo parámetro y no otros que resultan imprescindibles, concluyendo que la sentencia desatiende la propuesta del informe psicosocial, el informe favorable del fiscal y los deseos de la menor de tener padre y madre en igualdad de condiciones.

También se alega valoración incorrecta de las pruebas: especialmente del informe pericial psicosocial que dictamina que se considera que lo más conveniente sería una guarda y custodia compartida distribuida por semanas.

La sentencia recurrida hace una minuciosa valoración de las pruebas practicadas, con especial atención al dictamen del equipo psicosocial de Salamanca. Es cierto que el propio Fiscal informó favorablemente la custodia compartida, si bien como se aprecia en la vista, lo hizo de forma muy matizada a la vista del informe psicosocial.

Y de la lectura de la sentencia recurrida se aprecia inequívocamente que el principal criterio que utiliza la juzgadora es preservar a toda costa el interés de la menor. Se analizan en la sentencia todas las ventajas que la custodia compartida comporta para los hijos menores, dejando claro que hubiera sido lo más deseable, pero a pesar de ello, y siguiendo la doctrina jurisprudencial, ello no supone que tal régimen se haya de conceder ni de forma automática ni siempre, tal como se refleja en las SSTS de 19 de julio de 2013 , 25 de noviembre de 2013 , 615/2015 de 16 de febrero de 2015 y 258/2015 de 16 de febrero, que ponen especial incidencia en las ventajas del sistema de custodia compartida.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial, de la que no se aparta, la juzgadora procede a realizar la principal misión encomendada al órgano judicial, que es el análisis de todas las circunstancias del caso concreto en base a toda la prueba practicada, para concluir que "en el presente caso no se dan las circunstancias para la guarda y custodia compartida".

Hay un hecho que sin duda ha sido determinante en la decisión y que resulta imprescindible para comprender el porqué la juzgadora decide apartarse de lo aconsejado por el informe psicosocial. Ese hecho lo constituye el fracaso escolar del hijo mayor, que teniendo anteriormente evaluaciones excelentes y siendo bueno en los estudios, pasó justamente tras comenzar el régimen de custodia compartida, a tener serios problemas para superar el curso de 2º de bachillerato -aprobando finalmente todas las asignaturas entre junio y septiembre-, y suspendió la selectividad, encontrándose actualmente matriculado en un módulo de grado superior. Junto a ello ha de mencionarse los problemas de dependencia del hijo mayor con el ordenador e internet. Contrasta ello con los positivos resultados académicos de la hija menor, a pesar de que anteriormente fue descrita como estudiante normal con dificultades en algunas materias.

En el sustrato de la sentencia subyace el que el régimen de custodia compartida del que ha disfrutado el hijo mayor, de derecho desde el 14 de mayo de 2014, junto al distinto carácter de los padres en cuanto a la educación y hábitos en general, más dialogante y también más permisivo del padre, frente al más impositivo de la madre, ha generado más inconvenientes que ventajas, pudiendo ser una de las causas del empeoramiento en el ámbito académico del hijo, mientras que por parte de la hija se aprecia una mejora en el rendimiento escolar.

Sólo en este contexto se entiende la conclusión de la juzgadora a quo al concluir que no se dan las circunstancias para la guarda y custodia compartida: " Purificación tiene 14 años y con el régimen establecido en la sentencia de divorcio, no se ha alterado su vida personal ni académica. Su progenitora como indica el equipo psicosocial, muestra una fuerte vinculación con sus hijos y presenta un conocimiento positivo de las características y necesidades de los mismos y transmite un estilo educativo, con imposición de normas y refuerzos adecuados a las conductas, personalidad, y desarrollo evolutivo de sus hijos. El cambio de guarda y custodia, teniendo en cuenta su edad, pudiera perjudicar lo que hasta ahora funciona bien. La menor pasa las tardes de lunes a jueves con su padre, porque la progenitora trabaja por la tarde, tiene por tanto contacto casi diario con ambos, porque así lo acordaron en procedimiento de divorcio, no hay cambio de circunstancias y por ello procede desestimar la solicitud de guarda y custodia compartida solicitada en la demanda, al primar el interés superior de la menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

No le falta razón al recurrente en el sentido de que concurren muchos de los presupuestos que la doctrina jurisprudencial utiliza para concluir en favor de la custodia compartida. Hallar la fórmula adecuada, a la hora de adoptar la consecuencia más importante y trascendente para la vida de los hijos tras la ruptura de la convivencia familiar, resulta extraordinariamente difícil cuando existen poderosas razones tanto para otorgar



la custodia compartida como para mantener el actual status. Sin embargo, esta Sala, tras el análisis de todas las circunstancias y elementos, coincide con el criterio de la juzgadora a quo, concluyendo que resulta más razonable mantener la situación actual al plantear menos riesgos en atención a las circunstancias, pues indudablemente la custodia compartida plantea ventajas pero también riesgos, que hay que tratar de eludir cuando se trata de garantizar que la vida de la menor sea lo más estable posible.

Como bien señala el recurrente, la situación actual de la menor en la relación con los progenitores puede considerarse cercana a una custodia compartida al menos "de facto"; y puesto que el resultado es positivo, no se aprecian razones para afrontar las incertidumbres del cambio.

Ha de tenerse en cuenta que la esencia de la custodia compartida es que uno de los progenitores no desaparezca de la vida cotidiana de sus hijos, quedando reducido su papel al de un mero visitador ocasional. Pero ello no sucede con un régimen de relación amplio y flexible como el previsto entre la menor y su padre en la presente litis.

La doctrina jurisprudencial, en ausencia de directrices legales, ha establecido una relación de circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores. Y como señalan las Sentencias del TS de 8 de octubre de 2009 y 29 de abril de 2013, entre ellas está la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.

También la praxis judicial revela que el establecimiento de un régimen de custodia compartida, a falta de acuerdo entre las partes, se condiciona a la concurrencia de una serie de factores, incluyendo el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno.

QUINTO.- No puede considerarse que la única diferencia entre el régimen actual de la hija menor y el derivado de la custodia compartida, como afirma el recurrente, reside en que no pernocta en casa del padre en las semanas alternas en que está en su compañía. El régimen de custodia compartida ha de conllevar, entre otros aspectos, el análisis del modo en que se va a contribuir a cubrir las necesidades de la menor. Por ello no se aprecia la incongruencia de la sentencia que alega el recurrente insistiendo en que se trata de un mínimo cambio sin que la simple pernocta pueda perjudicar a la menor.

Como señala la STS 258/2015, de 16 de febrero de 2015, se permite a cualquiera de los padres no sólo interesar esta forma de guarda, sino que *"le exige concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado, deberes referentes a la guarda y custodia..."*.

En este sentido, ha de valorarse negativamente el hecho de que el padre solicite la custodia compartida junto a la desaparición de la pensión alimenticia en favor de la hija, sin plantear ninguna fórmula para organizar la nueva situación, sin aportar criterios para realizar las funciones, asumir las cargas y satisfacer las necesidades de los hijos, limitándose a la supresión de la pensión alimenticia al estar los hijos la mitad del tiempo con cada uno de ellos.

Otro de los aspectos en los que ha de prestarse especial atención, conforme al art. 92.6º CC, es a la relación que los padres mantengan entre sí y con los propios hijos. En cuanto a la relación que ha de existir entre ambos progenitores, es un aspecto en el que frecuentemente se incide puesto que el buen funcionamiento de la institución requiere que sea buena, habiendo resaltado algunas Audiencias que la ausencia de relación, la falta de comunicación o de entendimiento entre los progenitores no hace aconsejable la custodia compartida, que exige comunicación constante y toma de decisiones en común, para evitar la aparición de conflictos en su desarrollo. La STS 615/2015, de 16 de febrero, advierte que *"para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales"*.

Pero sin duda, ha de ser valorada la aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad, lo cual requiere una actuación coordinada de los progenitores de modo que se garantice una cierta uniformidad o semejanza de criterios respecto a la forma de vida que ha de tener el menor, su educación y formación.

De los hechos y de lo alegado por las partes, surgen dudas respecto a la comunicación entre los progenitores, que existe, fundamentalmente, a través de correo electrónico, pero abundando los reproches mutuos sobre la escasa receptividad del otro, siendo este otro aspecto a valorar cuando se trata de garantizar la estabilidad y el interés de la hija menor en fases de la vida complejas.



En definitiva el que sea deseable que la guarda y custodia de los hijos sea compartida, no significa que todos los supuestos que se planteen han de resolverse indefectiblemente con el otorgamiento de ese régimen de guarda y custodia compartida, sino que cada caso ha de ser analizado de forma individual, con los elementos y particularidades concretas. La premisa básica reside en el principio de que cuantas medidas se refieran a los hijos menores deben estar dirigidas a la efectiva protección de aquellos, de modo que sean sus intereses los primeros a los que habrá que atender, por delante del interés de los progenitores. La sentencia recurrida analiza y concreta suficientemente el interés de la menor, y no soslaya la doctrina favorable a la guarda y custodia compartida que ha establecido el Tribunal Supremo y confirmado en la Sentencia 2736/2015 de 26 de junio de 2015.

La juzgadora a quo ha analizado pormenorizadamente la prueba realizada, y ha concluido como más favorable para los intereses de la menor, y sólo en atención a las circunstancias de este caso concreto, no con carácter general, que lo más adecuado es el mantenimiento del sistema de guarda actual respecto de Purificación. Y tal conclusión ha de ser mantenida.

SEXTO.- Adicionalmente se alega por el recurrente incoherencia y desproporción de las disposiciones económicas de la sentencia. Alega que el 14 de mayo de 2014 se acordó de mutuo acuerdo en el auto de medidas provisionales la custodia compartida del hijo mayor y la supresión de la pensión de alimentos, con los gastos extraordinarios por mitad, además de mantener la custodia de la hija menor en favor de la madre fijando una pensión de 300 euros mes.

La sentencia definitiva mantiene la custodia exclusiva de la hija menor con "*la pensión de alimentos a favor de esta a satisfacer por el progenitor, así como el abono por mitad de los gastos extraordinarios de los hijos*". Y añade "*En cuanto al hijo mayor Martin, cada uno de los progenitores se hará cargo de sus gastos en los periodos que esté con cada uno. Referente a sus gastos de ropa, relaciones y otros como puede ser la telefonía móvil, el progenitor, teniendo en cuenta que sus ingresos son superiores a los de la progenitora, abonará el 60% de estos gastos y la progenitora el 40%*".

Se alega que carece de fundamento y desproporción el agravamiento económico del padre.

El motivo ha de ser acogido, pues no se aprecian motivos suficientes para variar el criterio acordado por los progenitores en la adopción de medidas provisionales, cuando faltaban sólo cuatro meses para que el hijo mayor alcanzara la mayoría de edad, y era previsible que el acuerdo tuviera carácter de continuidad durante la mayoría.

En relación con los gastos de ropa del hijo mayor y otros gastos como el generado por la telefonía móvil, que a título ejemplificativo utiliza la sentencia, una vez suprimida la pensión de alimentos, ha de entenderse que han de ser satisfechos por ambos cónyuges en principio en la misma proporción, siguiendo el mismo criterio que el adoptado para los gastos extraordinarios, pues carece de sentido que la contribución varíe según el tipo de gasto.

Alcanzada la mayoría de edad por el hijo Martin, en caso de que carezca de independencia económica y sus gastos y necesidades no sean cubiertos adecuadamente por los progenitores, habrá de hacer valer el derecho de alimentos previsto legalmente o habrán de solicitarse las medidas adecuadas.

En consecuencia, procede la supresión del apartado del fallo de la sentencia recurrida que, en relación con el hijo mayor Martin, dispone: "*Referente a sus gastos de ropa, relaciones y otros como puede ser la telefonía móvil, el progenitor, abonará el 60% de estos gastos y la progenitora el 40%*".

El recurrente añade que la pensión fijada de 300 euros/mes de la hija menor es improcedente, considerándola un fraude de ley y produciendo un enriquecimiento injusto de la madre, y ello porque considera que al tener a los hijos y alimentarlos con comidas y cenas en semanas alternas, el gasto del padre es el mismo que una custodia compartida normal.

El argumento no es aceptable, en primer lugar porque parte de que el régimen de custodia compartida conllevaría automáticamente la supresión de la pensión de alimentos, lo cual no es necesariamente así si hay un desequilibrio económico entre los progenitores. Por otro lado, contiene una visión simplista del derecho de alimentos y de las necesidades de los hijos, reducidas a la alimentación y comida, ignorando que las necesidades y gastos que generan los hijos van mucho más allá del hecho de proporcionarles comida.

SÉPTIMO.- Se alega infracción de normas y garantías procesales causando indefensión por el hecho de que en la vista del juicio se omitió la fase procesal de dar la palabra a las partes con anterioridad a la proposición de pruebas, incumpliendo el art. 443.4 LEC, ello a pesar de la existencia de hechos relevantes para la mejor resolución del proceso que fueron posteriores a la demanda.



En primer lugar la alegación es extemporánea, debiendo haberse hecho constar en el momento procesal oportuno, y si hubiera sido denegada pudieron ejercitarse los recursos previstos legalmente.

Las modificaciones que el recurrente considera sustanciales, como son el otorgamiento de la custodia compartida el 14 de mayo de 2014 o la mayoría de edad del hijo mayor el NUM000 de 2014, fueron adecuadamente valorados en la vista, y lo que es más importante son tenidos en cuenta y valorados en la sentencia como se aprecia en el fundamento de Derecho primero. Además, en el trámite de conclusiones pudo el recurrente manifestar todo cuanto quiso.

Por todo ello, no puede considerarse que se haya producido efectiva indefensión por el hecho de haberse omitido la fase de dar la palabra a las partes dadas las circunstancias. Sobre todo, no ha supuesto vulneración alguna del derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes, condicionándose tal vulneración por los tribunales a que el recurrente haya instado la práctica de actividad probatoria, y que la misma hubiera podido tener influencia decisiva en la resolución del pleito. Por lo tanto, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Sin necesidad de mayores consideraciones, procede estimar parcialmente el recurso formulado por el actor. En cuanto a las costas procesales, la estimación parcial del recurso conlleva que no proceda realizar especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada, todo ello a virtud de lo prevenido en los arts. 394 y 398 de la LEC, y con devolución al recurrente del depósito constituido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución,

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Ezequias**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 8 de Salamanca con fecha 11 de noviembre de 2014, en los autos originales de que el presente Rollo dimana, debemos revocarla parcialmente para ordenar la supresión del apartado del fallo de la sentencia recurrida que, en relación con el hijo mayor **Martin**, dispone:

"Referente a sus gastos de ropa, relaciones y otros como puede ser la telefonía móvil, el progenitor, abonará el 60% de estos gastos y la progenitora el 40%".

Y confirmamos la sentencia en todo lo demás, sin que proceda hacer imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, con devolución al recurrente del depósito constituido.

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.