



Roj: **SAP CO 1177/2018 - ECLI:ES:APCO:2018:1177**

Id Cendoj: **14021370012018100668**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2018**

Nº de Recurso: **708/2018**

Nº de Resolución: **593/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA, SECCIÓN PRIMERA

SENTENCIA Nº 593/18.-

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

Doña Cristina Mir Ruza

Don Fernando Caballero García

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: 1ª Instan. Nº 5 Córdoba

Autos: Divorcio Contencioso 867/17

Rollo: 708

Año 2018

En Córdoba, a dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por **doña Modesta**, representada por la Procuradora Sra. Carralero Medina y asistida de la Letrada Sra. Ramírez Fernández, siendo parte apelada **don Pedro Miguel**, representado por la Procuradora Sra. Cano Castro y asistido de la Letrada Sra. Font Merino, y el **Ministerio Fiscal**. Es Ponente del recurso D. Pedro Roque Villamor Montoro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Se dictó sentencia con fecha 15.11.2017 cuyo fallo textualmente dice: "Que debo estimar y estimo en parte la demanda de divorcio formulada por D. Pedro Miguel, representado por la Procuradora Dª Rocío Cano Castro, contra Dª Modesta, representada la Procuradora Dª María José Carralero Medina, y debo declarar y declaro la disolución del matrimonio formado por ambos cónyuges con los efectos legales inherentes, y debo aprobar y apruebo las siguientes medidas:

1.- La guarda y custodia de los hijos menores será compartida por ambos progenitores, por períodos semanales, de lunes a lunes. La recogida y entrega de los menores se realizará en el centro escolar.

Teniendo por compartida la patria potestad.



2.- Se atribuye a los hijos menores el uso de la vivienda familiar y al progenitor custodio en cada período semanal.

Los gastos de suministro y demás gastos derivados del uso de la vivienda será abonados por ambos progenitores por mitad.

3.- Cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de los hijos durante la semana de custodia.

Los gastos extraordinarios que tengan los hijos, previo acuerdo, se abonarán por mitad entre ambos progenitores.

4.- Se establece como régimen de visitas para el progenitor no custodio en cada semana los martes y de 17 horas a 19:30 horas en otoño e invierno y desde las 18 horas a las 20:30 horas en primavera y verano.

Fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo.

Las vacaciones escolares se distribuyen por mitad entre ambos progenitores.

A falta de acuerdo en el reparto, los años pares le corresponde al padre la primera mitad y a la madre la segunda; los años impares a la inversa.

Se inicia la primera mitad de cada período vacacional el primer día de vacaciones escolares hasta el mediodía del día que constituya la mitad del período vacacional y la segunda mitad desde dicho día hasta las 20 horas del último día del período vacacional.

En verano, a falta de acuerdo, los años impares corresponde al padre el mes de julio y agosto a la madre y los años pares a la inversa.

Sin pronunciamiento expreso sobre las costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se preparó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes. Esta Sala acordó la exploración de los menores, celebrándose vista seguidamente el mismo día, 17.9.2018.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia en cuanto no se opongan a los de ésta, y

PRIMERO.- Trata este procedimiento en del divorcio de las partes que cuenta con 2 hijos menores de edad, uno de 10 y otro de 13, a la fecha de la presentación de la demanda. La sentencia venido acordar el divorcio así como la custodia compartida de los menores entendiéndolo como el más favorable para los mismos.

Recorre la parte recurrente el pronunciamiento relativo la custodia compartida al entender que con esa medida no se respeta el interés del menor siempre preferente con cita de los artículos 92 del Código Civil, 2 y 11.2 de la ley 1/96.

No se discuten ni lo relativo la derogación de divorcio, ni la participación en los gastos extraordinarios ni el régimen de estancias para vacaciones de los menores.

SEGUNDO.- RÉGIMEN DE GUARDA.- Fuera de la alegación que la parte hace de que era la madre la que se preocupaba de los niños en cuanto a comida, ropa, asistencia sanitaria, asistencia a tutoría para el colegio de los menores, así como la falta de movilidad por reducción física del padre y problemas de salud por ser fumador patológico, así como a lo que vino a decir el hijo mayor en el acto de su exploración de que prefería ser estar con la madre y que era la que era ésta la que se preocupaba de ellos.

Como quiera que sistema de custodia compartida es el que se considera como mejor para los menores en cuanto que favorece un mayor contacto con los progenitores, la aplicación de otros requiere de la oportuna prueba a la hora de justificar que el interés la estos requiere otro sistema que no sea aquél. En este caso nada se acredita que permita entender que por razón de enfermedad o conducta previa, el padre carezca de la capacidad para atender a sus hijos menores tal como alega la parte recurrente y como vino a decir la demandada en el acto del juicio en el curso de su interrogatorio.

Ahora bien, también es verdad que lo que tenemos en este caso es que el padre se marchó en 2017 de la vivienda familiar, según dijo en su interrogatorio, por no consentir la madre el arreglo del aire acondicionado, a partir de esta fecha ha vivido en otro domicilio, el de su madre en la que ha permanecido con los hijos menores. Se dice que en esta circunstancia, y aun no viviendo el padre, ha sido él el que se ha ido a la casa para llevar y poner el desayuno de los niños, hacer las actividades que le encomendaba, pero también se ha dicho por



la madre que ella podía ir a otras horas a empezar su trabajo y que se trata de unas cosas que hace el padre con motivo de este procedimiento.

También es un dato a tener en cuenta a la hora de acordar la custodia compartida, la relación existente entre los progenitores puesto que la buena marcha de ese régimen requiere una cierta comunicación entre ellos al objeto de atender lo que los niños requiere, sin perjuicio de que es un criterio asentado el de considerar que solo en aquellos casos en que existe una mala relación y esta incide en los menores, perjudicándolos, es cuando esa situación puede ser un obstáculo insalvable para acordar la custodia compartida. En este caso hemos de tener en cuenta dos datos, primero, en el acto de la vista la parte apelante manifestó que para cualquier cosa las partes acuden a su letrado manifestando también la parte apelada que efectivamente existe una mala relación; y por otro, que los niños, ambos, han hecho referencia a la existencia de discusiones entre los padres a propósito de lo que tiene que pagar uno de lo que el otro apagado centrándose en aquellos casos en que es el padre el que ha comprado con el cosa para ellos, y que cuando hacen el relevo en la casa de de que se dictó la sentencia de primera instancia, siempre discuten esperándose en el portal del edificio, viendo los ellos discutían desde la terraza. No obstante lo anterior, no podemos decir que esa situación de falta de acuerdo o falta de coordinación venga perjudicar a los niños, por más que éstos sean conscientes de ello.

Pero lo anterior, e independientemente de la falta de plan contradictorio sobre la forma en que se va a desarrollar esa custodia compartida, no nos conduce necesariamente a considerar acertada la decisión de adoptar el régimen de custodia compartida que se contiene la sentencia apelada, ya que siendo el norte de toda resolución que se adopte sobre el régimen de guarda el atender lo mejor posible al interés de los menores, pues es el suyo, no el de los padres, el que ha de ser tenido en cuenta, contamos con que ambos menores de forma espontánea y sin ningún tipo de indicio de manipulación, pues no se quejan de la actual régimen de custodia compartida, aluden con gran preocupación apreciada en su exploración a lo que tienen que soportar de ambiente cargado de humo con motivo del tabaquismo de su padre, andando datos que ilustra el poco interés que éste tiene en preservarlos del riesgo objetivo que supone estar los menores en un ambiente cargado de humo, gráficamente lo describe el hijo mayor a propósito de dormir en la habitación que tiene aire acondicionado con un colchón, habiendo estado el padre fumando en esa habitación. en esta situación y debiéndose de evitar cualquier tipo de situación de riesgo para los menores, es evidente que el proceder del padre pone en situación de peligro la salud de los menores de forma absolutamente irresponsable y sin mirar a otra cosa que no sea a su adicción, lo que nos reconduce a lo que se decía en demanda y por la propia demandante en su interrogatorio sobre el problema del tabaquismo que padece don Pedro Miguel. No puede permanecer esta sala indiferente ante esta situación que, como hemos dicho, perjudica a los menores en su salud, lo que ha de tener la adecuada respuesta pues no sería lógico que a los menores no se protegieran en su hogar de aquello que respecto a lo que la sociedad se cuida mucho en proteger para cualquier ciudadano, mayor o menor de edad, cuando hablamos de lugares públicos, centros escolares, centros de trabajo, sanitarios, etc. Pero es que, además, da noticias muy claras de cuáles son las prioridades del señor Pedro Miguel, posponiendo la propia salud de sus hijos a su tabaquismo. Por lo tanto a juicio de esta sala concurren razones que permite excluir como solución adecuada la custodia compartida acordada la instancia, con estimación, por lo tanto, del recurso de doña Modesta y fijando un régimen de guarda monoparental a su favor, con régimen de visitas y estancias en vacaciones escolares a favor del padre, con apercibimientos derivados del riesgo para los menores de fumar en su presencia en lugares cerrados como hasta ahora ha venido haciendo. Por lo tanto, el padre podrá tener consigo a los hijos menores fines de semana alternos en la misma extensión que venía ya acordada, así como dos días entre semana, martes y jueves, que podrán ser alterados por acuerdo de los progenitores. Y lo mismo cabe decir respecto a las vacaciones escolares. La vivienda familiar se atribuye a los menores, debiendo el progenitor custodio abonar los gastos de suministro y todos aquellos derivados del uso de la misma.

Una vez que se fija una guarda monoparental se ha de establecer pensión de alimentos a cargo del otro progenitor, sin perjuicio de que se mantenga lo dispuesto sobre gastos extraordinarios en la sentencia primera instancia. Para eso resolver sobre este particular nos hemos de remitir a la capacidad económica del obligado a prestarlos, el señor Pedro Miguel, y las necesidades de los menores. Sobre la primera, contamos con que en el acto del juicio el señor Pedro Miguel manifestó que se encontraba sin trabajo habiendo agotado lo 18 meses de desempleo y percibiendo una ayuda que estaba pendiente de acabarse aparte de una por discapacidad, igualmente señaló la dificultad que tenía para encontrar trabajo por un problema que tienen el pie y que resultaba del video del juicio en el que se apreciará que anda con dificultad y no llevaba calzado en el pie derecho. Pero en el acto de la vista ante esta sala, al que compareció, nada se le apreció ni en esa extremidad, ni dificultad de movimiento, y tratándose de un deber legal respecto a los hijos menores y salvo que conste acreditado que no puede atender a sus necesidades y que justificaría una suspensión de la pensión de alimentos, lo que no es el caso, se ha de fijar una pensión a cargo del padre y a favor de los hijos menores



que atienda al mínimo vital y que se fija conforme se ha venido haciendo en esta sede judicial en la suma de 150 € mensuales por hijo.

TERCERO.- De lo que antecede se desprende que el recurso ha de ser estimado, dejando sin efecto el régimen de custodia compartida, fijando la monoparental a favor de la madre con los pronunciamientos consiguientes, incluida pensión alimentos, lo que excluye hacer uso del criterio objetivo del vencimiento, por lo que no cabe hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y D. Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos de estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Modesta contra la sentencia de fecha quince de noviembre de dos mil diecisiete por el Juzgado de 1ª Instancia número Cinco de esta capital, y, manteniéndose el divorcio acordado, con revocación de la misma, se acuerda:

-la atribución a la señora Modesta de la guarda de sus hijos menores, fijando como régimen de visitas y estancias los martes y jueves de 17 horas a 19:30 horas en otoño e invierno y desde las 18 horas a las 20:30 horas en primavera y verano, y fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo -que podrán ser alterados por acuerdo de los progenitores-, y en cuanto a las vacaciones escolares, a falta de acuerdo en el reparto, los años pares le corresponde al padre la primera mitad y a la madre la segunda; los años impares a la inversa, iniciándose la primera mitad de cada período vacacional el primer día de vacaciones escolares hasta el mediodía del día que constituya la mitad del período vacacional y la segunda mitad desde dicho día hasta las 20 horas del último día del período vacacional.

-se atribuye a los hijos menores el uso de vivienda familiar, correspondiendo al progenitor custodio el pago de los suministros y todos aquellos otros gastos derivado de su uso.

-los gastos extraordinarios de los menores ser abonado 50% por cada uno de los progenitores, previo acuerdo en la realización de los mismos previamente.

-se fija una pensión de alimentos a cargo del señor Pedro Miguel por un importe de 150 € mensuales para cada uno de los hijos menores, actualizables anualmente conforme al IPC publicado por el organismo competente.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta instancia.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y de infracción procesal del que conocería la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días días con los requisitos que establece el artículo 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y conforme a los criterios del Acuerdo de 27.1.2017 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre admisión de los referidos recursos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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