



Roj: **SAP CA 375/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:375**

Id Cendoj: **11012370052017100138**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **03/03/2017**

Nº de Recurso: **68/2017**

Nº de Resolución: **104/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS ERCILLA LABARTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 375/2017,**  
**STS 43/2018**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ**

#### **SECCION QUINTA**

#### **SENTENCIA Nº: 104/17**

**Presidente Ilmo Sr.**

**Don Carlos Ercilla Labarta**

**Magistrados Ilmos Sres.**

**Don Angel Sanabria Parejo**

**Dª Rosa Mª Fernández Núñez**

Juzgado de Primera Instancia DIRECCION000 nº 2

Procedimiento Guarda y Custodia de Menores nº 761/15

Rollo de Apelación núm 68

Año: 2017

En la ciudad de Cádiz a día 3 de Marzo del 2017

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio sobre Guarda y Custodia de Menores, en el que figura como parte apelante Dª Fermina , representado por la Procuradora Dª Mª Carmen Marquina Romero asistida de la Letrada Dª Cristina Couce Prieto; y parte apelada D. Marino , representada por la Procuradora Dª Rocío Galan Cordero bajo la asistencia del Letrado D. José Ignacio Quintana Balonga; actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Carlos Ercilla Labarta.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO.-**

1º.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de DIRECCION000 , se dictó sentencia con fecha 3 de Marzo de 2.017 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " **QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda** interpuesta por el Procurador JULIO FERNANDEZ ROCHE en nombre y representación de Fermina contra Marino y, en consecuencia, **DEBO ACORDAR Y ACUERDO** las siguientes **MEDIDAS** :

- La **patria potestad** del hijo menor de edad, Jesús Carlos , continuará ejerciéndose de forma compartida por ambos progenitores. La **guardia y custodia** del hijo menor se atribuye de forma conjunta a ambos progenitores.



Tal sistema habrá de producirse mediante estancias semanales del menor con cada uno de los padres y en el domicilio de estos. Tales estancias tendrán lugar desde el Lunes a la salida del colegio hasta el Lunes siguiente a la entrada al colegio. En el supuesto de que tras el Domingo existiera una fiesta en Lunes o Martes y se produzca un puente lectivo, el fin de semana se ampliará hasta la finalización del mismo. En el supuesto de que el Lunes no sea fiesta y por cualquier motivo no haya colegio o el menor no haya asistido a clases, el progenitor a quien le toque estar con el menor lo recogerá del domicilio contrario a las 11:00 horas de la mañana.

En cuanto a los períodos vacacionales:

a) Vacaciones de Navidad: Se dividirán en dos periodos comprendidos desde la salida del menor del colegio, comenzando las vacaciones escolares, hasta las 17:00 horas del día 31 de diciembre y desde las 17:00 horas del día 31 de diciembre hasta la entrada del menor al colegio.

b) Vacaciones de Semana Santa: Se dividirán en dos períodos comprendidos desde el Viernes de Dolores a la salida del colegio, hasta las 17:00 horas del Miércoles Santo y desde las 17:00 horas del Miércoles Santo hasta el Lunes siguiente a la entrada del menor al colegio.

c) Vacaciones de verano: Se dividirán en períodos quincenales y alternativos, es decir, el primer período comprenderá los primeros 15 días de julio y agosto y el segundo período los 15 últimos días de julio y agosto no pudiendo ningún progenitor unir dos quincenas seguidas salvo caso de mutuo acuerdo entre ambos. La recogida y entrega del menor durante tales quincenas será a las 17:00 horas del primer día de cada quincena.

Durante los períodos vacacionales se interrumpirá la alternancia de la convivencia semanal.

En caso de desacuerdo entre los progenitores respecto del orden de disfrute de los períodos establecidos, corresponderá la elección a la madre los años impares y al padre los años pares.

Con independencia del antedicho régimen siempre existirá la posibilidad de los progenitores de comunicar libremente con el menor, sin perturbar las horas de estudio, descanso o actividades escolares y siempre que no sea de forma caprichosa o injustificada. De igual modo, ambos progenitores tendrán la obligación de comunicar al otro cualquier cambio de domicilio y número de teléfono de localización del menor, así como cualquier enfermedad o viaje del mismo. Para la salida del territorio español del hijo, tendrá que constar la autorización expresa de ambos progenitores.

Los progenitores podrán delegar en terceras personas de su confianza la recogida y entrega del menor.

No obstante lo anterior, para favorecer el paso o transición desde el anterior sistema de restricción o limitación de visitas del padre hasta el que ahora se establece de custodia compartida, resulta preciso y conveniente un lógico período de adaptación para que el menor pueda adaptarse de forma progresiva a la nueva situación, razón por la cual procede fijar un **régimen de visitas y comunicación** a favor del padre, Marino, que habrá de tener un carácter meramente temporal, con una duración de DOS MESES, para que pueda tener en su compañía a su hijo:

a) Los martes y jueves desde la salida del menor del colegio hasta las 20:00 horas.

b) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del menor del colegio hasta las 20:00 horas del domingo.

c) Vacaciones de Navidad: Se dividirán en dos periodos comprendidos desde la salida del menor del colegio, comenzando las vacaciones escolares, hasta las 17:00 horas del día 31 de diciembre y desde las 17:00 horas del día 31 de diciembre hasta la entrada del menor al colegio. En caso de desacuerdo entre los progenitores respecto del orden de disfrute de los períodos establecidos, corresponderá la elección al padre.

El lugar de recogida y entrega del menor será, cuando no proceda la entrega en el colegio, el domicilio en que aquel resida, recogiéndolo el padre y cuando en éste concurriera imposibilidad real o legal de recogerlo podrá delegar en terceras personas de su confianza.

Durante éste período transitorio de dos meses, existirá la posibilidad de los progenitores de comunicar libremente con el menor, sin perturbar las horas de estudio, descanso o actividades escolares y siempre que no sea de forma caprichosa o injustificada. De igual modo, ambos progenitores tendrán la obligación de comunicar al otro cualquier cambio de domicilio y número de teléfono de localización del menor, así como cualquier enfermedad o viaje del mismo. Para la salida del territorio español del hijo, tendrá que constar la autorización expresa de ambos progenitores.

- Por lo que respecta a los **alimentos** del menor de edad, cada progenitor se hará cargo de los mismos durante el período en que el menor permanezca en su compañía. No obstante lo anterior, en atención al desequilibrio económico apreciado entre ambos progenitores, se fija, a favor del hijo común menor de edad y a cargo del padre, una pensión alimenticia de doscientos euros (200 €) mensuales. Esta cantidad será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que se designe al efecto por la madre del menor. La pensión



se actualizará automáticamente cada año el día uno de enero con referencia a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente.

En relación a los gastos extraordinarios del hijo se satisfarán de la forma siguiente: los que tengan un origen médico o farmacéutico no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Privado y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o en su defecto hubiesen sido autorizados judicialmente, al cincuenta por ciento entre ambos progenitores salvo en el supuesto de gastos médicos o sanitarios que respondan a situaciones de urgente necesidad.

- Respecto de la **cuotas financieras** que han de abonarse por los **préstamos** concertados con anterioridad a la ruptura del matrimonio, las partes pagarán al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda que fue hogar familiar sita en AVENIDA000 NUM000 , Portal NUM001 , NUM002 de ésta localidad de DIRECCION000 . De igual forma pagarán en el mismo porcentaje el seguro de dicha vivienda, el IBI y los gastos de la Comunidad de Propietarios. En el caso de que alguna de las partes no pague su porcentaje de los referidos gastos y la otra tuviera que hacerlo por ella para no perjudicar el bien común, al momento de liquidar tal bien común se reclamará la cuantía de los mismos con los intereses que fueran de aplicación.

Todo ello sin condena en costas de ninguna de las partes.

Así lo pronuncio, mando y firmo"

2º.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D<sup>a</sup> Fermina se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial, dándose traslado del referido escrito de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.

3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para votación y fallo, tras lo cual se hizo entrega al lltmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

## IIº.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

1º.- Se impugna por la apelante, como hizo en la instancia, la cuestión relativa a la fijación de una guarda y custodia compartida del hijo menor por parte de ambos progenitores, y a este respecto y como punto de partida indicar que en relación a la guarda y custodia compartida es doctrina general y actual, la establecida por el TS, entre otras en la STS de 18 noviembre 2014 con cita de la de 29 de abril de 2013 , en la que se indica que "la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, 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". Debemos partir por tanto de que no es preciso señalar especiales circunstancias para que tal guarda y custodia compartida se pueda realizar, sino que será precisamente lo contrario en el sentido de que deberán ser las causas obstativas las que deberán acreditarse para denegar el sistema, siempre atendiendo a que se produzca el interés del menor, pues como indica la sentencia de 19 de julio de 2013 "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Como señala la STS de 22 julio 2011 "lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor", de donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. El mantenimiento de la guarda y custodia compartida, resulta sin duda la mejor solución para los menores por cuanto les permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación".

2º.- Establecido el sistema de guarda y custodia compartida e impugnado por la madre, es preciso examinar qué circunstancias especiales existen que impidan la aplicación de dicho sistema o que acrediten que no sea adecuado para el hijo. Alega la practica anterior en el sentido de que quien se ocupaba del menor era la madre, que se encontraba en desempleo, mientras que el padre, que se encontraba trabajando no se implicaba suficientemente. Tal cuestión no puede prosperar, pues el hecho de que el padre trabaje no puede considerarse un elemento negativo o hándicap para que pueda atribuirse o establecerse una guarda y custodia compartida,



ni el hecho de encontrarse en situación de desempleo un elemento a favor de la misma o de la custodia mono parental en favor del desempleado, pues en muchas ocasiones precisamente por la situación de pareja, existe una distribución sencilla y simple de roles, lo que no supone desatención o falta de implicación, la cual surge cuando es necesario dentro de la convivencia normal, y si bien al tener trabajo puede necesitar el padre una ayuda familiar o de otra índole, también la madre, que ahora esta trabajando puede precisarla, lo que no supone una circunstancia que impida acordar la misma. En cuanto a que las relaciones se han venido realizando desde hace unos 16 meses a través del punto de encuentro, es preciso hacer referencia a las circunstancias que determinaron esta situación, que no han sido sino la existencia de una denuncia penal contra el padre por parte de la madre, la cual ha sido plenamente sobreseída y archivada por el juzgado, hecho éste que ha impedido la relación con el padre que es preciso retomarla a través de un sistema inicial progresivo, que va a durar dos meses, y posteriormente se pasa ya a establecer el sistema de guarda y custodia compartida, que es en definitiva el sistema esencial para permitir la relación fluida del hijo con el padre, que se ha visto mermada anteriormente por las actuaciones penales.

3º.- Se plantea por ambas partes cual sea el destino de la que fuera vivienda familiar, solicitando la apelante que se le atribuya a la misma, y el apelado que se acuerde únicamente la atribución por un año, ya transcurrido. Es cierto que tal cuestión fue planteada en la instancia y no resuelta en la sentencia dictada, ahora bien, frente a ello debería haberse interpuesto el correspondiente recurso para subsanación y complemento de la sentencia dictada conforme al art 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que en otro caso no cabría recurso sobre dicha materia, no obstante lo cual solicitándolo ambas partes y existiendo menores, va a proceder la Sala al estudio de dicha cuestión, y así en relación a ello, el artículo 96 del Código Civil establece que "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.". En el presente supuesto, al tratarse de un hijo menor de edad, cabría atribuirle el uso de la vivienda, pero habiéndose establecido el sistema de guarda y custodia compartida, y no habiéndose indicado que el hijo permanezca en ese domicilio familiar, cambiándose los padres en cada periodo que les corresponda, cabe entender que no existe hijo con derecho a esa atribución o disfrute, por lo cual estaríamos ante un supuesto semejante al de la inexistencia de hijos, con lo cual la atribución sería en favor de el progenitor cuyo interés esté mas necesitado de protección y por un espacio de tiempo, es decir una atribución meramente temporal. En el presente supuesto, examinadas las situaciones de ambos, parece, en atención a los ingresos de cada uno, que la situación económica del padre es bastante más desahogada que la de la madre, la cual ha empezado a trabajar hace poco pero de forma parcial, con lo cual debe entenderse que ella es el interés más necesitado de protección, pero asimismo es preciso realizar la atribución de forma meramente temporal, pues en otro caso se produciría una privación a uno de los comuneros del uso del inmueble de su propiedad, por lo cual y en su consecuencia se realiza esa atribución en favor de la madre del que fuera domicilio familiar, si bien limitado hasta que se produzca la división de la cosa común y en su caso la atribución de la misma a uno u otro de los comuneros, o a un tercero, y ello por un periodo máximo de 2 años a partir de la presente resolución, tras lo cual se hará una utilización alternativa por seis meses de dicho domicilio familiar, empezando por D. Marino, y así, una vez vencido el plazo de dos años citado, la actual ocupante deberá abandonar el domicilio familiar, teniendo desde ese momento la atribución del mismo el padre por un periodo de seis meses, transcurrido el cual se volverá a atribuir el mismo a la madre por otros seis meses y así sucesivamente hasta la liquidación del condominio.

4º.- Plantea la madre en ultimo lugar la contribución económica del padre en concepto de alimentos en favor del hijo común en base a la custodia monoparental, lo cual no puede prosperar en base a que no se acuerda esa forma de custodia sino la compartida, si bien en el presente supuesto, como ya se ha venido indicando por esta Sala, en sentencias entre otras de 24 de noviembre de 2016, "Generalmente en los supuestos de guarda y custodia compartida, no se establece pensión alimenticia en favor de los hijos y a cargo de los progenitores, sino que cada uno de ellos asume o soporta los gastos de los hijos durante el tiempo que están con él, y únicamente los extraordinarios se establece que se abonen por mitad. No obstante, cuando exista una disparidad o divergencia notable entre los ingresos de uno y de otro, cabe establecer una pensión a cargo de aquél de los progenitores que tenga mayor capacidad económica al objeto de garantizar al menor, siempre y en todo caso, una cierta homogeneidad en su vida diaria, en aquellos periodos en los que convive con aquél con un nivel de ingresos muy inferior.". Eso es lo que se ha realizado en el presente supuesto, en que se ha procedido a esa moderación y compensación de ingresos y percepciones en favor del hijo, lo cual debe mantenerse en esta alzada, por lo cual es procedente, desestimar en este punto el recurso interpuesto, confirmando la sentencia recurrida, sin hacer imposición al apelante de las costas de esta alzada.



VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Fermina contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de DIRECCION000 en los autos de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, completándola en el sentido de realizar la atribución en favor de D<sup>a</sup> Fermina del uso del que fuera domicilio familiar, si bien limitado hasta que se produzca la división de la cosa común, y en todo caso por un periodo máximo de 2 años a partir de la presente resolución, tras lo cual se hará una utilización alternativa por seis meses de dicho domicilio familiar, y así, una vez vencido el plazo de dos años citado, la actual ocupante deberá abandonar el domicilio familiar, teniendo desde ese momento la atribución del mismo D. Marino por un periodo de seis meses, transcurrido el cual se volverá a atribuir el mismo a D<sup>a</sup> Fermina por otro periodo de seis meses y así sucesivamente hasta la liquidación del condominio, manteniendo el resto de la resolución recurrida, todo ello sin imposición al apelante de las costas de esta alzada.

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.