

Roj: **SAP S 88/2017 - ECLI:ES:APS:2017:88**Id Cendoj: **39075370022017100049**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Santander**Sección: **2**Fecha: **22/02/2017**Nº de Recurso: **787/2016**Nº de Resolución: **118/2017**Procedimiento: **Recurso de Apelación**Ponente: **BRUNO ARIAS BERRIOATEGORTUA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP S 88/2017,**  
**STS 36/2018****SENTENCIA nº 000118/2017**

Ilmo. Sr. Presidente:

Don José Arsuaga Cortázar

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Bruno Arias Berrioategortua

Doña Milagros Martínez Rionda.

=====

En la Ciudad de Santander a veintidós de febrero de dos mil diecisiete.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de Familia número 181 de 2015, (Rollo de Sala número 787 de 2016), procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Santander, seguidos a instancia de doña Inmaculada contra don Hernan .

En esta segunda instancia han sido parte apelante: doña Inmaculada , representada por el Procurador Sr. Ruiz Canales y asistida por la Letrada Sra. Revenga Nieto; y parte apelada/apelante don Hernan , representado por la Procuradora Sra. Plaza López y asistida por el Letrado Sr. Richardson Gómez. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Bruno Arias Berrioategortua.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Santander y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha 1 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *FALLO: Que estimando en su pedimento principal la demanda deducida por el Procurador Sr. Ruiz, en nombre y representación de Dña.*

Inmaculada , contra D. Hernan , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por D. Hernan y Dña. Inmaculada , con adopción de las siguientes medidas: 1.- Corresponde a ambos progenitores la titularidad y ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental), precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de la menor (a título de ejemplo: elección de cualquier facultativo, pediatra, ortodoncista, psiquiatra, psicólogo, tratamientos, intervenciones de cualquier



índole, vacunación, elección o cambio de colegio, la realización de actividades extraescolares, cursos de idiomas en el extranjero, comunión, bautizo, etc.). En particular quedan sometidas a éste régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de la menor, y los posteriores traslados de domicilio de ésta que le aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por la menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de la menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a la menor y la realización por ésta de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que unos de ellos pretenda adoptar en relación con la menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Las decisiones sobre aspectos o materias de la vida de la menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo a la menor, en el momento en que la cuestión se suscite.

*Por otro lado, el progenitor con quien convive la menor habitualmente, vendrá obligado a informar al otro progenitor de*

*todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida de la menor, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente*

*información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no viva habitualmente la hija respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tenga consigo a la menor. Los progenitores tiene derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de éstos últimos sobre la evolución escolar y académica de su hija y su estado de salud física o psíquica. Asimismo el progenitor custodio, debe entregar al otro*

*progenitor, junto con la hija, la documentación personal de ésta (libro de familia; pasaporte; D.N.I.; tarjeta sanitaria; cartilla de*

*vacunación), que será devuelta a aquel al reintegrarle a la menor a la finalización de la estancia. Por último, el progenitor con quien convive la menor habitualmente deberá facilitar al otro la comunicación telefónica, telemática o por cualquier otro medio, al menos una vez al día, con la menor, debiendo éste respetar, en todo caso, los horarios de descanso y estudio de la menor. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no viva habitualmente en el tiempo que tenga consigo a la menor. 2.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija de forma compartida a los dos progenitores, desarrollándose la misma de la siguiente forma: a falta de acuerdo entre los progenitores, por semanas alternas, realizándose las entregas y recogidas los lunes a la salida del colegio. La mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, correspondiendo al padre la primera mitad del periodo y a la madre la segunda mitad del periodo en los años pares, y a la inversa en los años impares. El día de Reyes, el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo podrá estar en compañía de la menor desde las 13:00 horas hasta las 20:00 horas. La mitad de las vacaciones escolares de verano, correspondiendo al padre los días de vacación del mes de junio, del 11 al 20, del 1 al 10 de agosto y del 21 al 31 de agosto, y a la madre los días del 1 al 10 de julio, del 21 al 31 de julio, del 11 al 20 de agosto y los días de vacación del mes de septiembre en los años pares, y a la inversa en los años impares. 3.- Se reconoce a los progenitores el derecho a estar con su hija, comunicarse con ella y tenerla en su compañía en la forma siguiente: a falta de acuerdo entre los progenitores, los miércoles de las semanas alternas en que, respectivamente, no ejerzan la guarda y custodia compartida. 4.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a la hija y a la madre. 5.- La pensión de alimentos, en sus aspectos alimenticios (sustento), vestido y alojamiento será abonada directamente por los progenitores durante los periodos en que ejerzan, respectivamente, la guarda y custodia. La pensión de alimentos, en sus aspectos de asistencia sanitaria, educación e instrucción, será abonada por los progenitores mediante la apertura de una cuenta bancaria de titularidad de la menor y de disponibilidad conjunta por los progenitores, en la que éstos deberán abonar, por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, las siguientes cantidades: la madre la cantidad de CIEN EUROS (100 E.) si se encuentra en situación de desempleo y la cantidad de CIENTONOVENTA EUROS (190 E.) si está trabajando, y el padre la suma de DOSCIENTOS EUROS (200 E.); cantidades que se actualizarán el primer mes de cada año de conformidad con el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística. 6.- Los gastos extraordinarios de la hija deberán ser satisfechos por mitad entre los progenitores, no incluyendo entre los mismos los gastos de matrícula escolar, libros y material escolar o ropa, ya que los mismos son gastos ordinarios. En lo relativo a*



*las actividades extraescolares o de ocio, de carácter no necesario o no recomendadas bien por el colegio como refuerzo, bien por facultativo médico o por psicólogo, sólo se deberán de asumir por mitad las que se realicen por la hija de común acuerdo por los progenitores, siendo, en caso contrario, asumido el coste de dicha actividades por aquel progenitor que unilateralmente haya decidido la realización de dicha actividad. En todo caso, los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente deberán ser consentidos por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con un gasto extraordinario de la hija, así como el importe del mismo junto con los documentos correspondientes, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Solo los gastos extraordinarios de carácter urgente y necesario, se podrán realizar sin previo consentimiento del otro progenitor o autorización judicial. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales".*

**SEGUNDO:** Contra dicha Sentencia, la representación de la parte apelante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y tramitado el mismo, se remitieron las actuaciones a la Il.ª Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se ha deliberado y fallado el recurso el día señalado, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.

**TERCERO :** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen, y

**PRIMERO.** - La representación de D<sup>a</sup> Inmaculada pretende, principalmente, frente al régimen de guarda y custodia compartida establecido en la sentencia, que se le atribuya a ella en exclusiva la custodia de la hija común de los litigantes, y, subsidiariamente, que frente a la visita intersemanal del miércoles se amplíe a dos días, así como que se incremente la contribución en concepto de alimentos establecida a cargo del padre, si bien sin señalar cantidad concreta.

Por su parte, la representación de D. Hernan interesa que se precise el horario de esa visita intersemanal estableciendo el de salida del colegio (o 14:00 horas de domicilio del custodio) hasta las 20:00 horas, así como que se limite la atribución del uso de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o un plazo máximo de dos años. Esta misma parte aprovecha la oposición al recurso de D<sup>a</sup> Inmaculada para interesar en ese momento la custodia exclusiva de la menor.

Cada parte -salvo en lo relativo al horario de la visita intersemanal- se opone al recurso formulado por la contraria. El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.**- La cuestión primordial que se plantea en este procedimiento es la del régimen de guarda y custodia a la que ha de quedar sometida la hija de los litigantes.

Respecto de la custodia compartida son numerosísimas las sentencias del tribunal supremo que indican que la misma ha de constituir el régimen preferencial para la crianza de los hijos menores de edad en el caso de la separación de sus padres. Su adopción debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida y se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por el Tribunal Supremo y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando 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". Se prima el interés del menor y con la custodia compartida lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los 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, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Ahora bien, como recuerda la STS del 21 de diciembre de 2016 (ROJ: STS 5532/2016 ) "El hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable".

Finalmente es necesario apuntar que para determinar la guarda y custodia compartida, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes, ya que como dice la STS de 22 de julio de 2011 "Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".

**TERCERO.**- A la vista de la anterior doctrina este tribunal concluye que en este caso no hay datos que permitan concluir que el establecimiento de una custodia compartida de alternancia semanal sobre Coral vaya a resultar perjudicial para sus intereses.

Ninguna prueba permite atisbar que el régimen establecido por la sentencia vaya a ser desfavorable para la menor. Antes al contrario, y así, el único parecer técnico con el que se cuenta en este procedimiento, el informe elaborado por el equipo psicosocial correspondiente y suficientemente aclarado en el acto del juicio por su autora, aboga por esa solución. Las críticas efectuadas por la representación de D<sup>a</sup> Inmaculada son insuficientes para concluir que será más favorable para Coral convivir en exclusiva con uno u otro progenitor; debiendo destacarse que la madre, en el acto del juicio, relató como a la niña, cuando va con su padre, aunque le cuesta despegarse, luego está bien con él, asumiendo además en esa misma declaración que la implicación del padre tras su vuelta de Burgos se había incrementado y que entendía que el D. Hernan se comportaba bien.

En este caso, es indudable que las relaciones entre los progenitores no son buenas pero tampoco reflejan un nivel de desencuentro que haga inoperante la custodia compartida. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de del 26 de enero de 2017 (ROJ: STS 164/2017 ) recuerda -con cita de otras- que cabe denegar la custodia compartida en razón a las malas relaciones existentes entre ambos progenitores, pues "la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos". Esta parece ser la situación actual, pues los desencuentros se van suavizando, hasta desaparecer como sucedió con los conflictos en el colegio en octubre de 2015 -los más graves de todos los alegados por la representación de D<sup>a</sup> Inmaculada - que concluyeron con una sentencia penal absolutoria y a los que al parecer se consiguió poner fin mediante una acertada intervención del centro que informó a los padres que de seguir con su actitud, lo pondrían en conocimiento de la inspección educativa, advertencia relatada por la propia D<sup>a</sup> Inmaculada en el acto del juicio y que, al parecer, se ha mostrado suficiente y eficaz.

Y tampoco el trabajo a turnos del padre y la situación de desempleo de la madre son circunstancias que justifiquen el establecimiento de una custodia materna exclusiva en vez de otra compartida por ambos progenitores. Evidentemente el trabajo a turnos de D. Hernan en la factoría de Bridgestone en Puente San Miguel impedirá en algunos periodos el contacto directo de Coral con su padre mientras éste esté trabajando, pero esta es una situación frecuente y habitual en infinidad de familias con niños en los que sus padres trabajan y necesitan contar con el apoyo de terceras personas. No hay prueba alguna de que Coral vaya a quedar desamparada en esos periodos, y por eso no ha lugar a alterar, tampoco por esta causa, el régimen de guarda y custodia establecido en la sentencia.

En consecuencia, la pretensión principal de la representación de D<sup>a</sup> Inmaculada de sustituir el régimen de custodia compartida establecida en la sentencia por otro de custodia exclusivamente materna no puede prosperar.

**CUARTO.**- La pretensión accesoria de D<sup>a</sup> Inmaculada consistente en ampliar las visitas intersemanales de una a dos, no puede prosperar porque colma suficientemente el "mínimo de contacto con el progenitor al que no le corresponda la estancia semanal con su hija" a la que se refiere el informe psicosocial, y no se demuestra que ese aumento vaya a redundar en beneficio de Coral .

Por eso esta petición debe ser también desestimada.

**QUINTO** .- Finalmente, la representación de D<sup>a</sup> Inmaculada pretende -aunque no concreta en cuánto- un aumento de la contribución paterna a los alimentos de Coral . Este defecto, no puede impedir el



pronunciamiento justo que corresponda, por ser las medidas afectantes a los hijos menores de edad cuestión de orden público sobre las que los tribunales deben necesariamente pronunciarse.

Al valorar las posibilidades y necesidades de todos los involucrados en la prestación alimenticia, este tribunal estima que es algo insuficiente la contribución paterna, si se tiene en consideración que sus ingresos líquidos mensuales, según se infiere de su declaración de IRPF-2015, se sitúan en torno a los 2455 euros mensuales (bases liquidables general y del ahorro menos cuota resultante de la liquidación) y que los 200 euros establecidos en la sentencia recurrida no alcanzan siquiera la décima parte. A la vista del régimen de custodia compartida con distribución equitativa entre los dos padres de los tiempos de estancia con Coral, la situación de desempleo de la madre precisada de ayuda por sus hermanas, la asignación a favor de ella del uso de la vivienda familiar y la necesidad de D. Hernan de procurarse su propio alojamiento, este tribunal estima adecuado incrementar la contribución paterna hasta fijarla en 300 euros.

**SEXTO.**- Con su recurso, la representación del padre pretende que se precise el horario de realización de la visita intersemanal del miércoles por parte del progenitor que no desempeña en esa semana la función de guarda de Coral.

Sobre esta cuestión no existe conflicto entre las partes, razón por la que procede efectuar ese ajuste en el sentido interesado por D. Hernan.

**SÉPTIMO.** - Esa misma parte pretende que se limite la atribución del uso de la vivienda hecha a favor de la hija y la madre hasta la liquidación de la sociedad ganancial o por el plazo máximo de dos años.

A este respecto hay que recordar con la STS de 29 de mayo de 2014 (ROJ: STS 3153/2014) que "El art. 96 CC establece - STS 17 de octubre 2013 - "que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio". // El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación ( art. 142 CC ); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat ). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien ( STS 14 de abril 2011 ). // Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley ( art. 117.1 CE )".

Pues bien, aplicando al caso concreto la anterior doctrina es claro que no cabe establecer a la atribución del uso de la vivienda a favor de la hija y de la madre ningún límite temporal como el pretendido por la representación de D. Hernan, cuyo recurso en este punto debe ser desestimado.

**OCTAVO.**- Idéntico rechazo merecen todas las peticiones introducidas indebidamente al oponerse la representación de D. Hernan al recurso de apelación planteado de contrario, pues es evidente que, de acuerdo con la regulación de la segunda instancia en nuestro proceso civil, esas peticiones debieron formularse a través del correspondiente recurso, cosa que no hizo, y no al socaire de la oposición al recurso contrario como si de una imposible impugnación se tratara.

**NOVENO.** - El contenido del art. 398 LEC, y la estimación, aunque parcial, de ambos recursos de apelación justifica que no se impongan las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad el Rey,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Inmaculada y estimar el formulado por la de D. Hernan ;

Revocar la sentencia de instancia a los solos efectos de:

Precisar que el derecho de los progenitores de estar con su hija, comunicarse con ella y tenerla en su compañía se ejercerá, a falta de acuerdo entre ellos, en la forma siguiente: Los miércoles de semanas alternas en que, respectivamente, no ejerzan la guarda y custodia compartida, recogerán a la niña a la salida del colegio (o a las



14:00 horas de la casa del custodio si fueran días no lectivos) facilitando su regreso a la casa del progenitor que esa semana ostenta la guarda a las 20:00 horas del mismo día;

Y establecer que la aportación de D. Hernan a la cuenta común, lo será en cuantía de 300 euros mensuales, pagaderos y actualizables en la forma señalada en la sentencia recurrida;

La que se confirma en todos sus demás pronunciamientos;

Y sin hacer imposición de las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes.

Esta Sentencia no es firme y contra ella caben los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal, para ante el Tribunal Supremo, que deben interponerse en legal forma ante esta Audiencia en plazo de veinte días.

Una vez sea firme la presente resolución, con testimonio de la misma devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION:** La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ