



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
TOLEDO**

SENTENCIA: [REDACTED]/2017

Rollo Núm. [REDACTED]/17.-

Juzg. 1ª Inst. Núm.... 4 de Illescas.-

J. Divorcio Contencioso Núm..... [REDACTED]/15.-

TESTIMONIO

SENTENCIA NÚM. [REDACTED]

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO
SECCION SEGUNDA**

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. RAFAEL CANCER LOMA

D. ALFONSO CARRIÓN MATAMOROS

Dª INMACULADA ORTEGA GOÑI

En la Ciudad de Toledo, a veintiocho de julio de dos mil diecisiete.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. xxx de 2017, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 4 de Illescas,

en el juicio Divorcio Contencioso núm. 1348/2015, en el que han actuado, como apelante LUIS ALFONSO [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales Sr. José Pablo García Hospital y defendido por el Letrado Sr. Jorge Martínez Martínez; y como apelado MIRIAM [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales Sra. [REDACTED] y defendido por el Letrado Sr. [REDACTED].

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Manuel de la Cruz Mora, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 4 de Illescas, con fecha 0/04/2017, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: " Estimando sustancialmente la demanda formulada por DOÑA MIRIAM [REDACTED], representado por la Procuradora Sra. [REDACTED] frente a D. LUIS ALFONSO [REDACTED], representado por el Procurador Sr. García Hospital, debo ACORDAR la disolución por divorcio del matrimonio formado por Dª. MIRIAM [REDACTED] y D. LUIS ALFONSO [REDACTED], con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, y la adopción de las siguientes medidas:

1. La disolución definitiva del matrimonio de los cónyuges litigantes.
2. La revocación de todos los poderes y consentimientos que se hubieran otorgado los cónyuges entre sí.
3. El cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario de los mismos.
4. La disolución del régimen económico matrimonial.
5. Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores fruto del matrimonio a favor de la madre, ejerciendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

Ambos cónyuges velarán porque exista una relación fluida de los hijos menores con cada uno de ellos e intentarán decidir de forma conjunta aquellas decisiones importantes que le afecten, supeditando su interés personal al de los menores.

6.- Se establece un régimen de visitas a favor de los menores para que puedan permanecer en compañía de su progenitor no custodio consistente en:

Fines de semanas alternos desde el viernes al finalizar la jornada escolar y/o extra escolar, y en caso de finalizar antes de las 17:30 horas, desde esta hora hasta el domingo a las 20:30 horas.

En la semana que al padre no le corresponda estar con los menores el fin de semana, le corresponderá estar con estos, martes y jueves desde la salida del colegio y/o extraescolar hasta las 20:30 horas en que los retornará al domicilio familiar.

En la semana que al padre le corresponda estar el fin de semana en compañía de los menores, igualmente disfrutará de un día intersemanal, los miércoles, desde la salida del colegio y/o extraescolar hasta las 20:30 horas en que los retornará al domicilio familiar.

En caso de puente o festividad que pueda anexionarse al fin de semana, el mismo se ampliará por la duración de este siendo disfrutado por el progenitor en cuya compañía se encuentren los menores.

El día del Padre y el de su cumpleaños y respectivamente el día de la Madre y el de su cumpleaños los menores estarán en compañía del progenitor correspondiente, desde las 10.00 horas hasta las 20.00 horas siempre que sea festivo en y en caso de ser día no festivo desde las 17:30 horas o salida del colegio y hasta las 20:30 horas en que serán reintegrados al domicilio familiar.

El día del cumpleaños de los menores, disfrutarán de la compañía del progenitor con el que no se encuentren desde las 17:30 hasta las 20:30 horas en que serán reintegrados al domicilio familiar.

En cualquier caso, ambos progenitores facilitarán las comunicaciones entre ellos, siempre respetando las actividades escolares, extraescolares y horarios de descanso de los menores.

En cuanto a los periodos vacacionales, se dividirán por mitad, julio y agosto, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.. Las entregas y recogidas de los menores se efectuaran por el progenitor que comience/acabe su periodo en el domicilio familiar o lugar designado a tal efecto a las 20:30 horas del último día de cada periodo.

Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos, desde el viernes de Dolores a las 19:00 horas hasta el miércoles Santo a las 12:00 y desde las 12:00 horas del miércoles a las 19:00 horas del domingo de resurrección en el que serán reintegrados al domicilio familiar a las 20:30 horas, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.

Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos turnos siendo el primero desde el día 22 a las 12:00 horas hasta las 12:00 del día 31 de diciembre; el segundo desde las 12:00 horas del 31 de diciembre hasta las 19:00 horas del día 7 de enero, a elección de la madre los años pares y el padre los impares.

El padre y la madre deberán comunicar con la suficiente antelación el lugar de residencia vacacional. Durante estos periodos se suspenderán las visitas semanales e intersemanales, pudiendo cualquiera de los progenitores mantener contacto con los menor siempre respetando su descanso.

7.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar y del ajuar doméstico a favor de los menores y de la progenitora custodia.

8.- En concepto de alimentos a favor de los menores el progenitor no custodio abonará (200 euros) mensuales por cada uno.

Tal cantidad deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que a tal efecto designe la madre, cifra que sufrirá anualmente en el mes de enero la variación que experimente el I.P.C. u organismo nacional que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios que pueda generar educación y atenciones de los menores se abonarán por mitad entre ambos progenitores, previa comunicación y acuerdo entre los progenitores.

Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas”.

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por la representación procesal de LUIS ALFONSO [REDACTED], dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Que se recurre por el demandado de divorcio, la sentencia que, tras declarar el divorcio suplicado, decreta la guarda y custodia de los hijos menores, Gabriel, actualmente de nueve años de edad y Samuel de siete años de edad, en favor de la madre, señalando pensión alimenticia a cargo del padre y régimen de visitas, alegándose por el recurrente, violación de la jurisprudencia contenida en la sentencia que cita y reiterando, como ya lo hizo en la contestación a la demanda, la custodia compartida.

Los motivos que lleva a la Juez a quo a denegar la custodia compartida son los derivados de la apreciación personal de la prueba practicada, y en concreto, la falta de comunicación entre los padres, la escasa disponibilidad horaria y falta de apoyo familiar con la que cuenta el progenitor y la distancia entre el domicilio familiar y el lugar de trabajo del padre, unos 70 km aproximadamente.

La doctrina del T.S. respecto a la **custodia compartida** es la siguiente:

Esta Sala ha declarado en sentencia de 12 de abril de 2016, rec. 1225 de 2015 :

<<La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida , que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala 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" (STS 25 de abril 2014).

»Como precisa 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 , define ni determina, 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". 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. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013)».

»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 los litigantes, al no constar lo contrario.

»Esta Sala debe declarar que 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 afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

»El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».».(S.T.S. 3 Junio 2016)>>.

No concreta la sentencia el nivel de incomunicación ni por qué atribuye al padre esa falta de comunicación, y en consecuencia, porque concede a la madre la guarda y custodia por ese hecho.

La situación más o menos tensa en la que se encuentran los cónyuges, es propia de una crisis conyugal y no consta sea de un nivel superior al que se produce con cierta regularidad tras un divorcio o separación (S.T.S. 16 octubre 2014).

La distancia entre el punto de trabajo del padre (San Fernando de Henares-Madrid) y el domicilio familiar (Pantoja -Toledo) es, según informes oficiales, de 60,4 km, 43 minutos, lo que no constituye un impedimento insalvable para decretar la custodia compartida.

No sabemos, donde trabaja la madre que es CABO de Operaciones Aéreas del Ejército, pero tampoco creemos que sea en Pantoja.

Por último, la cuestión de horarios laborales afectan por igual al padre y madre, pues ambos tienen comprometidos fines de semana y por lo que parece, disponibilidad frecuente por las empresas y ejército para los que trabajan.

La ayuda familiar es una cuestión que no es imponible al otro cónyuge porque no pueden ordenarse convivencias o cuidados no deseados acaso por terceros (abuelos-tíos etc).

El informe del Ministerio Fiscal favorable a la custodia compartida no es preceptivo (S.T.S. 16 octubre 2014).

<<Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor(S.T.S. 17 Diciembre 2013).Documento 260>>.

SEGUNDO: Son pruebas a favor de la custodia compartida, el informe pericial (folios 43 y ss.) psicológico, que atribuye a ambos progenitores cuidado

responsable hacia los menores, no presentan psicopatología alguna ni rasgos que les incapaciten para el desarrollo de los roles educativos. Así como el informe psicológico de los menores ([REDACTED]) que se encuentran claramente **vinculados a ambos por igual y manteniendo una relación positiva respecto de ambos progenitores, manifestando [REDACTED] su deseo abierto de vivir con ambos padres.** Samuel, por su parte, aunque esté más vinculado a la figura materna **muestra una adecuada interacción y apego a la figura paterna.**

Según esto, el informe psicosocial de los componentes de la familia es proclive a la custodia compartida.

Es cierto que el Juez, como dice la sentencia, no está obligado a someterse a los dictámenes de los especialistas, dependiendo su apreciación a la sana crítica.

<<Tiene declarado una constante jurisprudencia que la prueba pericial es de apreciación libre y no tasada, valorable por el juzgador según su prudente arbitrio, sin que existan reglas preestablecidas que ordenen su valoración. El único criterio legal de apreciación de esta prueba lo constituyen las reglas de la sana crítica (art. 348 L.E.C), las cuales no se encuentran codificadas o recogidas en precepto alguno y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica (SS. T.S. 14 octubre 2000 , 13 noviembre 2001 y 20 febrero 2003 , entre las más recientes). De ahí que la impugnación y consiguiente revisión judicial de la aplicación de estas reglas sólo sea posible de manera excepcional cuando se produzca un error esencial y notorio en la apreciación del dictamen de los peritos , por haberse llevado a cabo prescindiendo de forma flagrante de las reglas de la sana crítica y con criterios claramente irracionales o contrarios a las normas de la común experiencia, como sucede cuando se extraigan deducciones absurdas o ilógicas, se tergiversen o falseen arbitraria y ostensiblemente las conclusiones periciales o se omitan datos o conceptos relevantes de su informe (S.S. T.S. 7 enero 1991, 20 febrero 1992 , 13 octubre 1994 , 1 julio 1996 , 30 diciembre 1997 , 15 julio 1999 , 18 diciembre 2001 y 20 febrero 2003)>>.

Ya hemos analizado en el F.d.D. anterior que las razones por las que la Juez a quo se aparta del dictamen pericial (dictamen del perito insaculado) no reúnen suficiente relevancia para despreciar sin más las conclusiones del perito.

Y siendo así, esto es, siendo posible la custodia compartida, y no existiendo circunstancia alguna que la desaconseje por imposibilidad física o psíquica, es

conveniente conforme a la jurisprudencia expuesta, porque ampara mejor el principio favor filii ya que procura una relación constante de los hijos con sus progenitores y una educación influida por ambos padres.

Los progenitores tienen trabajo que les permite atender al cuidado y educación de los hijos con relativo desahogo, ambos están preparados y dan y reciben el cariño indispensable para el desarrollo de los menores dentro de un marco de normalidad paternofamiliar que suele ser el más beneficioso para su formación como personas.

Los pequeños inconvenientes que estas situaciones de separación matrimonial padecen, puede solventarse fácilmente poniendo cada progenitor de su parte el interés y dedicación que requieren la situación de custodia compartida, por lo que procede la estimación en este punto.

TERCERO: Que la atribución del domicilio familiar sito en Pantoja se hace a los hijos menores (uso y disfrute), por lo cual, cada progenitor usará el domicilio por períodos alternos **de quince días**, con lo que no hay que acordar visitas intersemanales, y ello, hasta que se liquiden los gananciales, siendo de cuenta del progenitor que ocupe la vivienda cada quincena, los gastos ordinarios de la misma, así como los alimentos para los hijos, sin perjuicio de mantener al 50% los gastos de propiedad del inmueble (IBI, cuotas hipotecarias, etc.) y los alimentos que generalmente se consideran extraordinarios a los que se refiere la sentencia de instancia (quinto in fine), a lo que se añadirán los gastos de educación y vestido, previa comunicación y acuerdo, entre los progenitores, y en su defecto, sometidos a la decisión judicial.

CUARTO: Que no procede hacer especial imposición de las costas del recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la Representación Procesal de LUIS ALFONSO [REDACTED] [REDACTED] contra la

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional décimo quinta L.O. 1/09 se hace saber a las partes que no se admitirá a trámite ningún recurso, sino se justifica la constitución previa del depósito para recurrir en la cuenta de depósitos, lo que deberá ser acreditado.

Nº de c/c 4328 0000 + clave + nº de procedimiento y año.

Claves:

00 (reposición) (25 euros).

01 (revisión resolución secretario) (25 euros).

02 (apelación) (50 euros).

03 (queja) (30 euros).

04 (infracción procesal) (50 euros).

05 (revisión de sentencia) (50 euros).

06 (casación) (50 euros).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Juan Manuel de la Cruz Mora, en audiencia pública. Doy fe. En Toledo a 14/09/2017.

La presente concuerda con su original al que me remito. Doy fe.