

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Vigésimosegunda**

C/ Francisco Gervás, 10 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

**Recurso de Apelación xxx/2013**



**Órgano Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 03 de Colmenar Viejo  
Autos de Modificación Medidas Definitivas xxx/2010

**APELANTE:** D. CÉSAR XXXXXXXXXX

**PROCURADOR:** D. ÁNGEL FRANCISCO CODOSERO RODRÍGUEZ

**APELANTE:** Dña. VICTORIA XXXXXX

**PROCURADORA:** Dña. XXXXXXXXXXXXXXX

MINISTERIO FISCAL

**Ponente: Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández**

## **S E N T E N C I A N°**

**Magistrados:**

**Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández**

**Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres**

**Ilma. Sra. Doña Mª Pilar González Vicente**

---

En Madrid a 11 de abril de 2014

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de medidas complementarias de divorcio seguidos, bajo el nº XXX/2010, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Colmenar Viejo, entre partes:

De una, como apelante principal, don César XXXXXXXXXX, representado por el Procurador don Ángel Francisco Codosero Rodríguez y defendido por el Letrado don Jorge Martínez Martínez .

De la otra, como también apelante, por vía de impugnación, doña Victoria xxxxxxx XXXXXX, representada por la Procuradora doña XXXXXXXXXXXXXXXX y asistida por la Letrada XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Eduardo Hijas Fernández.

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 24 de octubre de 2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Colmenar Viejo se dictó Sentencia con nº xxx/12, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en nombre y representación de Doña Victoria XXXXXX, contra D. César XXXXXXXXXX, representado por el Procurador D. Braulio Matellano Martín, debo modificar la sentencia del Juzgado de Instancia de Estocolmo de fecha 8 de diciembre de 2009, añadiendo las siguientes medidas:

1.- Se establece un sistema de guarda y custodia compartida de los menores Luis, José y Jesica, permaneciendo compartida la patria potestad, de tal manera que los menores estarán durante semanas alternas con cada uno de sus progenitores en períodos lectivos, realizando el intercambio los viernes a la salida del colegio.

2.- En cuanto al régimen de visitas, el progenitor que no está disfrutando de la

compañía de sus hijos, tendrá derecho a visitarlos y estar con ellos los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, en que los reintegrará al domicilio en el que, en cada momento, estén residiendo.

Asimismo, cada progenitor podrá estar con los menores la mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa, y de Navidad, tomando como referencia para el cómputo de dichos periodos el calendario escolar. En los años pares, el padre disfrutará el primer periodo y la madre el segundo, y a la inversa en los años impares. La elección del periodo concreto se comunicará recíprocamente con antelación no inferior a una semana.

En el caso de las vacaciones de verano, dada la corta edad de los menores, los progenitores deberán fraccionar la totalidad de las vacaciones en periodos no superiores a 20 días. La recogida y entrega de los menores por el progenitor que ejerza su derecho será siempre en el domicilio en que se encuentren los menores.

Todo ello sin perjuicio de flexibilizar dicho régimen siempre de común acuerdo entre las partes y en interés de los menores.

3.- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda y el ajuar familiar sito en Becerril de la Sierra, Madrid, xxxxxxxxxxxxxxxx., a la madre Doña Victoria XXXXXX, y a sus hijos menores, hasta que los mismos alcancen la mayoría de edad.

No ha lugar a la atribución del uso del apartamento o vivienda auxiliar sita en la misma parcela a D. César XXXXXXXXXXX, siendo la vivienda familiar un todo que comprende la totalidad de la finca.

4.- Cada progenitor se hará cargo de los gastos de los menores, en la semana que vivan con cada uno de ellos; y además, teniendo presente la desproporción de ingresos entre ambos, D. César XXXXXXXXXXX deberá abonar mensualmente, en concepto de alimentos a favor de los hijos comunes la cantidad de 150 euros por cada uno de ellos (en total 450 euros mensuales), que deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto designe la actora, y en doce mensualidades al año. Dicha cantidad deberá actualizarse anualmente conforme al IPC que marque el INE u organismo similar.

Asimismo, todos los gastos extraordinarios de los menores, serán abonados por mitad por ambos progenitores, previa justificación documental y acuerdo de ambos.

En cuanto a la contribución al levantamiento de las cargas ambos deberán abonar al 50% el préstamo hipotecario que grava el domicilio conyugal, así como del IBI y del seguro del hogar.

Asimismo, y tal y como se solicita en la contestación a la demanda, y se reiteró en el acto de la vista, ambos cónyuges deberán hacer frente al 50% a los préstamos que mantienen en Suecia.

Todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes con indicación de que contra la misma y de acuerdo con lo previsto en el artículo 455 de la LEC, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial a interponer ante este Juzgado en el plazo de veinte días desde la notificación del mismo.

Así por esta mi Sentencia, lo pronunció, mando y firmo.”

Posteriormente con fecha de 28 de noviembre de 2012 se dictó Auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debo subsanar o aclarar la sentencia dictada por este Juzgado con fecha 24 de octubre de 2012 en el único sentido siguiente:

1.- En el Fallo, párrafo segundo del punto Cuarto queda redactado del siguiente modo:

- “Asimismo, todos los gastos extraordinarios de los menores, incluidos los gastos correspondientes a las actividades extraescolares de los mismos, serán abonados por mitad por ambos progenitores, previa justificación documental y acuerdo de ambos.”

2.- El fundamento de derecho Quinto se sustituye por el siguiente:

- “Dada la especial naturaleza de este procedimiento, no ha lugar a imponer costas a ninguna de las partes.”

Sin que proceda realizar ninguna otra aclaración.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que pueda interponerse contra la sentencia que se ha subsanado.

Así lo acuerdo, mando y firmo.”

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don César XXXXXXXXXX, exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de doña Victoria XXXXXX escrito de impugnación de la Sentencia, del que se dio traslado al apelante principal.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para vista el día el día 10 de los corrientes, en cuyo acto se oyó a ambos litigantes, realizando sus Letrados cuantos alegatos estimaron pertinentes en apoyo de sus pretensiones.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Ambos litigantes, a través de su respectiva dirección Letrada, muestran su discrepancia parcial con el criterio decisorio plasmado en la Sentencia dictada por la Juzgadora a quo sobre los efectos complementarios que, de conformidad con lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil, ha de conllevar la disolución, por divorcio, del vínculo

matrimonial en su día constituido entre los mismos.

Así, el Sr. XXXXXXXXXX, según la final concreción efectuada por su Letrado en el acto de la vista del recurso, solicita de la Sala la adopción de las siguientes medidas, en sustitución de las que sanciona la antedicha resolución:

-Se reparta entre los litigantes el uso de las dos viviendas de titularidad común.

-Se establezca que cada progenitor asuma los gastos propios de los hijos durante su respectivo período de convivencia o, subsidiariamente y para el supuesto de entender que los gastos de los alimentistas son de 500€ al mes, que don César asuma dos terceras partes de los mismos, y doña Victoria el tercio restante, abonándose la cantidad de que se trate en una cuenta mancomunada. En otro caso, el Sr. XXXXXXXXXX abone directamente a la otra progenitora la suma de 175€.

-Se repartan los periodos de vacaciones en dos partes, pero sin circunscribirlos a veinte días en las vacaciones de verano.

La Sra. XXXXXX, por la vía del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interesa que se le atribuya la custodia de los comunes descendientes, con el correspondiente régimen de visitas en favor del otro progenitor, y una aportación alimenticia, a cargo de éste, de 500€ al mes por cada uno de los hijos.

Y así definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, debe analizarse cada una de las cuestiones suscitadas a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone de manifiesto el contexto alegatorio y el resultado de la prueba incorporados a las actuaciones elevadas a nuestra consideración.

**SEGUNDO.-** La controversia suscitada acerca del sistema de cuidado cotidiano de los comunes descendientes, y que ha de abordarse en primer lugar por obvias razones de jerarquía jurídica, ha de ser dirimida bajo la inspiración del principio del favor filii que, en nuestra legalidad interna, es proclamado por el artículo 39 de la Constitución y desarrollado, con

carácter general, por los artículos 2º y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996, conforme a los cuales cualquier decisión, judicial o administrativa, que afecte a un menor, habrá de tener en cuenta el interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

Con carácter más específico, y en lo que al caso concierne, los artículos 92 y 159 del Código Civil disponen que si los padres viven separados, y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los menores de edad. A tal fin habrá de interesar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes y el resultado de la prueba, así como la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, pudiendo recabar el informe de especialistas debidamente cualificados.

Tales previsiones legales han sido escrupulosamente observadas en el caso por la Juzgadora a quo, en cuanto premisas condicionantes de un criterio decisorio respecto del que, desde la perspectiva de esta alzada, no encontramos motivos hábiles en derecho que deban determinar su modificación.

Así, los dos primeros hijos del matrimonio, al ser explorados, manifiestan mantener una buena relación con uno y otro progenitor, mostrando su conformidad con el igualitario reparto de estancias en uno y otro entorno en que se desenvuelve su vida cotidiana, añadiendo que sus padres mantienen una buena relación entre sí.

En el informe emitido por la Perito Psicólogo adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid se valora que ambos progenitores se encuentran capacitados por igual para el desempeño de la función debatida, ya que los dos han sido cuidadores activos de los menores, existiendo, en las relaciones de éstos con cada uno de los citados procreadores, un alto grado de cohesión, en tal modo que los niños demandan que dichos ascendientes estén igualmente presentes en su vida. Por lo cual, valorando las diversas alternativas existentes, estima la informante que la mejor opción es la custodia repartida "donde lo que se reparta sean los tiempos de estancia con los hijos, considerando que para esta familia en concreto y por la experiencia previa que han tenido, sea el reparto por semanas alternas con cada progenitor".

Cierto es, según pone de manifiesto el contexto de lo actuado, y así inclusive se refleja en el citado dictamen, que entre los citados progenitores existe un grado de conflicto elevado, hasta el punto de no hablarse entre sí. Sin embargo, y como declara el Tribunal Supremo, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, pues sólo alcanzan trascendencia a tal fin cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (vid Ss.T.S. de 22 de julio de 2011 y 29 de noviembre de 2013).

En el caso analizado, y conforme se infiere de la exploración de los hijos, según se refleja en las actas obrantes en autos, no parece que la conflictividad existente entre sus padres haya repercutido de un modo especialmente negativo en aquellos, pues los mismos refieren que, al menos frente a ellos, las relaciones de dichos ascendientes han mejorado, y hablan entre ellos de sus cosas.

Resulta especialmente significativa, respecto de la cuestión controvertida, la actuación procesal de la parte demandante, pues mostró inicialmente su conformidad con la Sentencia de instancia, al no recurrir la misma, de cuya estrategia tan sólo se desmarca aprovechando, por la vía del artículo 461 L.E.C., la apelación entablada de contrario, para manifestar su discrepancia respecto de una medida que entonces asumió, pero sin ofrecer explicación alguna de tal cambio de planteamiento.

Por todo lo expuesto, consideramos que la solución que, en este extremo del debate, sanciona la Sentencia apelada es acorde al interés prioritario de los hijos, al facilitar una presencia continua e igualitaria en su vida cotidiana de uno y otro progenitor, que aquéllos demandan, y ello sobre la base de ofrecer ambos litigantes las condiciones y aptitudes necesarias para el desempeño responsable y en beneficio de los menores de la función debatida.

**TERCERO.-** Sin perjuicio los acuerdos que, al respecto, puedan alcanzar en el futuro ambos litigantes, la conflictividad actualmente existente entre los mismos desaconseja que compartan viviendas próximas entre sí, en cuanto ubicadas en la misma parcela de titularidad común, pues ello puede derivar, con alta probabilidad, en nuevas situaciones de tensión que, por la presencia de los menores en tal entorno habitacional, habrán de repercutir necesariamente en perjuicio de los mismos, lo que debe ser evitado, en la medida de lo posible, desde la



resolución judicial del conflicto suscitado.

Y así se razona, de modo prudente e irreprochable, en la Sentencia de instancia, lo que determina que, también en este apartado de la contienda litigiosa, debamos compartir el pronunciamiento al respecto contenido en dicha resolución.

**CUARTO.-** El igualitario reparto de permanencia de los hijos en uno y otro entorno, en cuyos períodos cada progenitor deberá asumir los gastos ordinarios que aquéllos generen, no excluye, sin embargo, la existencia de otra serie de atenciones económicas que han de abordarse en común, y respecto de las que, de conformidad con lo prevenido los artículos 93 y 145 del Código Civil, ha de tenerse en cuenta, en orden a su distribución proporcional entre ambos alimentantes, los medios económicos de cada uno de ellos.

Y es lo cierto que, frente a unos ingresos reconocidos por la Sra. XXXXXX de unos 1.000€ al mes por impartir clases particulares en las etapas lectivas, según expone al ser interrogada en la vista del recurso, los obtenidos por don César derivan de una relación laboral estable, en virtud de contrato suscrito con la entidad xxxxx, lo que le reportó, en el año 2009, unos ingresos netos de 46.543,83€. Ciertamente es que, a partir del 1 de enero 2010, el mismo, a petición propia y con el fin de cuidar de su hija menor, ha reducido su jornada laboral en un 25%, con la consiguiente repercusión económica, pero tal modificación no se acaba de conciliar plenamente con lo manifestado por su dirección Letrada en el escrito de contestación a la demanda, al exponer que el trabajo puede realizarlo desde casa, y con una amplia flexibilidad de horario.

Por lo expuesto, consideramos que la pensión alimenticia que, a cargo del apelante principal, se fija en la Sentencia apelada y que ha de ser administrada por la madre para la atención de aquellas necesidades, resulta acorde a las circunstancias que en el caso concurren, respetando, sin incurrir en defecto ni en exceso, los parámetros de equidistancia y proporcionalidad que recogen los antedichos preceptos, lo que hace decaer las antagónicas pretensiones al efecto articuladas por uno y otro litigante.

**QUINTO.-** El sistema de visitas que, respecto de los hijos comunes, es objeto de sanción por los tribunales tiene, en la mayor parte de los casos y el presente no constituye una

excepción, un carácter subsidiario, en cuanto ha de regir en defecto de los acuerdos que, en cada caso y momento, puedan alcanzar los progenitores a tal fin.

Y así se recoge expresamente en la Sentencia apelada, que hace un llamamiento a la flexibilidad que ha de presidir la medida que sanciona, sobre la base del consenso de las partes, como así viene acaeciendo en la práctica respecto de la distribución de las vacaciones de verano, sin efectivo fraccionamiento en períodos de veinte días, y las de Semana Santa, que los esposos se distribuyen en su integridad en años alternos, según han reconocido al ser oídos en la segunda instancia.

Por lo cual, tampoco se aprecia la necesidad de acordar ahora una modificación de lo establecido, con el carácter de mínimos, por la Juzgadora a quo, pues tal sistema ya queda superado por la propia actuación consensuada de ambos progenitores.

**SEXTO.-** Dado el sentido de esta resolución, a tenor de lo expuesto, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, habiendo de asumir cada parte las originadas a su instancia y sufragar por mitad las comunes, si las hubiere, de conformidad con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

### **III. FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación formulado por ambos litigantes contra la Sentencia dictada, en fecha 24 de octubre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Colmenar Viejo, en autos de medidas complementarias de divorcio seguidos bajo el nº xxx/2010, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

No se hace especial condena en las costas del recurso.

Firme que sea esta resolución, procédase por el Órgano a quo a dar el destino legal a los depósitos constituidos para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844 0000 00 0382 13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe