

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de nueve de octubre de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha xx de septiembre de 201X, por el Juzgado de Primera Instancia nº X, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Ha lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en el divorcio entre HOMBRE y MUJER ampliando el régimen de visitas conforme a lo acordado en el Auto dejando inmodificado el resto del régimen.

Segundo.- No ha lugar a especial pronunciamiento respecto de las costas procesales. Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo".

...

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

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación legal de Doña MUJER, escrito de oposición e impugnación.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, en su momento se acordó en esta alzada la práctica de la diligencia de audiencia de los hijos menores, a la sazón, HIJA y HIJO, lo que tuvo lugar el pasado día 22 de septiembre del presente año, acordándose la celebración de la vista, que también tuvo lugar en el día de ayer, con el resultado obrante en el medio de grabación audiovisual y en el acta levantada al efecto, informando las partes, después de valorar el resultado de la audiencia de los menores, según convino a sus derechos, quedando los autos pendientes de deliberación, votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación planteado contra la sentencia de instancia, y también en el acto de la vista y con revocación de la misma, ha solicitado que se otorgue la **guarda y custodia de los menores en favor del padre**, fijándose un régimen de visitas para la madre, la cuantía en concepto de alimentos a cargo de la madre en el importe de 250 Eur. mensuales para cada uno de los hijos, y el abono del 50% por cada uno de los progenitores de los gastos extraordinarios.

Subsidiariamente, ha interesado la **guarda y custodia compartida** entre ambos progenitores, pudiendo permanecer la madre en el domicilio familiar, fijándose un régimen de visitas, sin necesidad de establecer pensión de alimentos, pues cada progenitor atenderá las necesidades ordinarias de los hijos, y solicitando que los gastos extraordinarios, viajes escolares, de recreo, se afrontasen a 50%.

La parte apelada, por vía de impugnación, ha solicitado que se deje sin efecto lo acordado en el auto de medidas provisionales, no habiendo lugar a ampliar las visitas de las tardes entre semana a las pernoctas, debiéndose mantener las medidas acordadas en su momento en la sentencia de XX de xxxx del 2010.

SEGUNDO.- La naturaleza y el objeto del procedimiento de **modificación de medidas** exige delimitar las pretensiones que pueden ser traídas a esta clase de procesos, y que deben de estar basadas en circunstancias que tengan su origen en acontecimientos futuros, nuevos, inciertos, imprevisibles y de notoria significación, siendo preciso efectuar un análisis comparativo entre la situación concurrente al momento en el que se dicta la anterior sentencia, y la posición actual, pues sólo en la medida que se acredite un cambio esencial en las circunstancias afectantes al grupo familiar, o a cualquiera de los progenitores, o a los hijos, en el ámbito personal, familiar, material o económico, y ello no dependiente de la voluntad de dichos progenitores, será posible acceder a la modificación que se pretende.

En cualquier caso, la posibilidad contemplada en el Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes, subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y si cuando las medidas acordadas se revelan como ajenas a la realidad subyacente, por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación.

TERCERO.- En otro orden de consideraciones, la **guarda y custodia compartida** sólo es posible en aquellos supuestos en los que la relación entre los progenitores es fluida, permanente, periódica, pacífica, cordial, provocando todo ello la permanente comunicación, el diálogo y contacto de ambos con el fin de buscar en todo momento consensos y acuerdos que determinen el óptimo desarrollo integral de los menores, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución, en todos los ámbitos, no solamente en el aspecto escolar, ofreciendo los presupuestos de orden material, en relación a alojamiento, lugar de residencia de dichos progenitores,

distancia entre las mismas, así como del centro escolar, ámbito social, ocio, recreo, descanso y hábitos de los hijos.

Sin embargo cabe aclarar que, y siguiendo con la reciente doctrina del Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 25 de abril del 2014, y de fecha 29 de abril del 2013, esta última que sienta doctrina jurisprudencial, se advierte "que **tal medida debe estar fundada en el interés de los menores**, y se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el cumplimiento por parte de los padres de sus obligaciones con respecto a los hijos, de tal manera que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, antes bien, **se puede considerar normal e incluso deseable**, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con sus padres, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible, de manera que si ambos cónyuges reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, en estos supuestos será posible acceder a la medida sobre **guarda y custodia compartida** .

Asimismo, tampoco se puede excluir la posibilidad de la **guarda y custodia compartida** en aquellos supuestos en los que aun aceptando que entre los cónyuges existe una mala relación personal, tal situación de conflicto entre aquellos no es relevante ni provoca ninguna consecuencia que afecte o perjudique el interés de los menores.

Por el contrario, si no concurren todos los anteriores presupuestos antes aludidos, o si la relación personal entre los progenitores proyecta negativas consecuencias en la vida de los hijos menores, si se observan conductas individualizadas y personales de uno y otro progenitor que tiendan a alterar el desarrollo emocional, físico o psicológico de los hijos, si no concurren las circunstancias materiales que aconsejen tal medida, si no se prueba la capacidad de ambos progenitores para ostentar tal función, y teniendo en cuenta toda la normativa antes aludida, de carácter nacional e internacional, en estos supuestos no será posible acceder a la medida relativa a la **guarda y custodia compartida** .

Por otra parte, no puede olvidarse lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1/1996, del 15 de enero, que establece que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En este sentido, el nuevo ordenamiento jurídico refleja progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda de satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás, de manera que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la familia, y al menor, es promover su autonomía como sujetos.

CUARTO.- Dicho lo que antecede, es lo cierto que en la sentencia apelada, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el progenitor masculino, se ha declarado haber lugar a ampliar las visitas de conformidad con lo establecido en el auto de fecha 4 de marzo del 2014, para propiciar la pernocta del padre con los hijos los martes y los jueves.

Por otra parte, en la sentencia de divorcio de 2010, con acuerdo en el acto de la vista, ya se estableció las visitas en fines de semanas alternos, incluyendo la pernocta del domingo.

En el presente procedimiento, se ha practicado la prueba pericial consistente en el informe psicosocial, de fecha 23 de julio del 2014, debidamente ratificado a la presencia judicial, en la vista celebrada en la instancia pasado día 29 de septiembre del 2014, y en dicho dictamen se hace mención a la viabilidad de la **guarda y custodia compartida**, si bien se aconseja, precisamente, la custodia en los términos en los que viene establecido en la sentencia apelada, y por cuanto que las comunicaciones actuales entre el padre y los hijos, desde el viernes hasta el lunes, más dos tardes a la semana con pernocta, ello equivale ciertamente a asumir la función de la **custodia compartida por ambos progenitores**.

Dicho lo que antecede, es lo cierto que no puede dejar de valorarse que **concurren los presupuestos para establecer la guarda y custodia compartida**, si bien no en los términos señalados en la sentencia apelada, que también se remite a la sentencia de 19 de octubre del 2010, sino en otra delimitación temporal, y pensando, esencialmente, en el interés y el beneficio de los hijos, la comodidad de estos últimos, buscando la manera y el modo de adecuar la vida de los mismos en el entorno de ambos progenitores con la mayor estabilidad y regularidad temporal posible.

Por ello, los hijos que fueron explorados, afirmaron que tienen muy buena relación con ambos progenitores, y que se daban todas las condiciones para convivir aquellos con sus padres, dada la proximidad de los domicilios, del colegio, etc. expresando la voluntad de permanecer durante un tiempo estable y duradero con cada uno de dichos progenitores.

Así las cosas, es de sentido común concluir que resulta más beneficioso que los padres ejerzan la custodia sobre dichos hijos, por períodos semanales, de lunes a lunes, y sin perjuicio de una visita a la semana, para quien no tenga la custodia en dicha semana, en una tarde, a falta de acuerdo, los miércoles, desde la salida del colegio, o las 17 horas, hasta las 20 horas.

Por lo demás, es lo procedente mantener las visitas señaladas en su momento en la sentencia de 19 de octubre del 2010, en lo que se refiere a los días familiares y periodos de vacaciones.

Sentado todo lo anterior, es claro que no puede prosperar la pretensión principal planteada por el recurrente, en lo que se refiere a la **custodia exclusiva del padre para con los hijos**, ni tampoco puede tener éxito la solicitud de la parte apelada, planteada por vía de impugnación, en lo que se refiere a las visitas entre semana, y teniendo en consideración lo que se acuerda por medio de la presente resolución. En

consecuencia, cada progenitor afrontará los gastos ordinarios de asistencia y manutención de los hijos, en las semanas y periodos en los que dichos hijos convivan con aquellos, debiendo abonarse los gastos escolares al 50%, y los gastos extraordinarios y actividades extraescolares, también al 50%, exigiéndose consentimiento previo o autorización judicial al respecto, salvo que el gasto sea necesario y urgente.

Por último, el uso de la vivienda se otorga siempre a la madre, cuestión sobre la que no ha habido controversia alguna.

QUINTO.- Al estimar parcialmente el recurso interpuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 y no obstante desestimar la impugnación planteada, dada la especial naturaleza y el objeto que se ventila en el presente procedimiento no se hace declaración sobre condena en las costas del recurso ni de la impugnación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador xxxxx en nombre y representación del PADRE DE LOS HIJOS, y desestimando la impugnación planteada por la Procurador XXXXX en nombre y representación de LA MADRE DE LOS HIJOS, contra la sentencia dictada en fecha 30 de septiembre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº X , en autos sobre Modificación de Medidas nº XXXX, seguido entre los citados, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, acordamos las siguientes medidas:

Se otorga a ambos progenitores la **guarda y custodia compartida** sobre los hijos, por semanas, de lunes a lunes, debiendo reintegrar el progenitor que tenga la custodia a los menores el lunes en el centro escolar, al comienzo de clases, y recogiendo el otro progenitor a los menores de dicho centro escolar al término de las clases, para comenzar la convivencia con aquellos en los días siguientes hasta el lunes, teniendo la misma obligación este último progenitor que la señalada anteriormente, es decir, el traslado de los hijos al centro escolar.

En caso de desacuerdo, se establece la visita de la tarde del miércoles, para el progenitor que no tenga la custodia, desde la salida del colegio, o las 17 horas, si fuera día no lectivo, hasta las 20 horas.

Se mantiene en todo lo demás las visitas entre los hijos y los progenitores, y para los periodos vacacionales y los días familiares, según lo resuelto en su momento en la sentencia de divorcio de 2010.

Cada progenitor afrontará los gastos de manutención, vestido y alimentación ordinaria en la semana que conviva con los hijos.

Los gastos escolares se afrontarán al 50%

Los gastos extraordinarios y las actividades extraescolares se afrontarán también al 50%, previo consentimiento de ambos o en su defecto autorización judicial, salvo los gastos extraordinarios urgentes y necesarios.

El uso de la vivienda familiar se otorga a la madre.

No se hace declaración sobre condena en las costas del recurso ni de la impugnación.

Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8, con respecto al Apelante, devuélvasele por el Juzgado de Instancia, y con respecto a la Apelada-Impugnante, désele el destino legal.

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 XXXXXX, 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