



Roj: **SAP PO 2608/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:2608**

Id Cendoj: **36057370062023100555**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **03/11/2023**

Nº de Recurso: **451/2023**

Nº de Resolución: **526/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00526/2023

Modelo: N10250

CIDADE DA XUSTIZA--PADRE FEIJÓO, Nº 1 PLANTA 6 (36204) VIGO

Teléfono: 986817388-986817389 **Fax:** 986817387

Equipo/usuario: VP

N.I.G. 36057 42 1 2022 0010784

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000451 /2023

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 15 de VIGO

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000650 /2022

Recurrente: Sagrario

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: MARIA DEL PILAR CARO FERNANDEZ

Recurrido: Pablo

Procurador: EVA MARIA MARTINEZ PAZ

Abogado: DENISE GOMEZ ALVAREZ

MINISTERIO FISCAL

Magistrados Ilmos. Sres.:

Dña. María Begoña Rodríguez González

D. José Ferrer González

Doña Magdalena Fernández Soto

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS
MAGISTRADOS EXPRESADOS CON ANTERIORIDAD,**

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE



SENTENCIA

En VIGO, a tres de noviembre de dos mil veintitrés

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 650/2022, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 15 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 451/2023, en los que aparece como **parte apelante**, doña Sagrario , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, asistida por la Abogada doña MARIA DEL PILAR CARO FERNANDEZ, y como **parte apelada**, don Pablo , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. EVA MARIA MARTINEZ PAZ, asistido por la Abogada doña DENISE GOMEZ ALVAREZ. Siendo parte en esta apelación el Ministerio Fiscal.

Siendo Ponente la Ilma. Magistrada DOÑA MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIME RO.- Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 15 de VIGO, se dictó sentencia con fecha 15/02/2023, en el procedimiento RECURSO DE APELACION (LECN) 451/2023 del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por Pablo contra Sagrario , y declaro disuelto su matrimonio por divorcio con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración. Las relaciones familiares quedarán reguladas del siguiente modo:

Se establece un sistema de **patria potestad y custodia compartida** con intercambios semanales que se efectuarán cada lunes a la salida de la guardería o en horario equivalente.

Las vacaciones de Navidad se dividen en dos periodos, desde la salida del centro escolar el último día lectivo de Diciembre hasta las 20:00 horas del día 30; y desde ese momento hasta la entrada al colegio el primer día lectivo de Enero, correspondiendo disfrutar con los menores el padre los años impares el primer periodo y la madre los pares.

Las vacaciones de Semana Santa se atribuyen completas a cada uno de los progenitores, desde la salida del colegio el último día lectivo hasta la entrada el primero, correspondiendo al padre los años impares y a la madre los pares. El progenitor que no disfrute la Semana Santa pasará con las niñas los días no lectivos de Carnaval.

Las vacaciones de verano se dividen en quincenas alternas los meses de Julio y Agosto, correspondiendo el primer y tercer periodo a la madre los años pares y al padre los impares.

Procede establecer una pensión mensual de alimentos a cargo del padre a favor de sus hijos de **150** euros (75 por menor), pagaderos en los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme al IPC.

Los gastos extraordinarios de los pequeños serán abonados por mitad por ambos progenitores previo acuerdo y también los ordinarios de cada inicio de curso de libros, material escolar y uniforme. Cada progenitor se hará cargo de los gastos de los menores cuando estén en su compañía.

No procede la atribución del uso del vehículo con letras de matrícula YDH a la Sra Sagrario .

La mascota del matrimonio quedará al cuidado de la Sr Sagrario y se abonarán por mitad los gastos extraordinarios y **de veterinario**. El Sr Pablo contribuirá al gasto del animal con la suma de 40 euros al mes pagaderos en los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme al IPC. "

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de doña Sagrario que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria, así como por el Ministerio .

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución el recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala. Se señaló el día **02/11/2023** para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIME RO.-1. Planteamiento de la cuestión

En virtud del precedente Recurso, por la apelante, D^a Sagrario se pretende la revocación parcial de la Sentencia dictada en los autos de Juicio de Divorcio nº 733/22 por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de VIGO, que



además de declarar el divorcio del matrimonio, acordó la guarda y custodia compartida, estipuló una pensión alimenticia de 150€ a carga del padre, y denegó la atribución del vehículo a la Sra. Sagrario .

2. La sentencia de instancia

La Sentencia de instancia atribuyó la custodia compartida a ambos progenitores porque consideró que reunían las condiciones necesarias para ostentar la custodia de sus hijos nacidos en 2021, no concurre probado ningún elemento de juicio ni indisponibilidad para que la puedan ejercer, atendiendo a los superiores ingresos del progenitor estipula una pensión de alimentos a su cargo de 150€.

3. El recurso de apelación

Sostiene la apelante que desde que nacieron los niños ha sido ella la que se ha ocupado de sus atenciones tanto en el aspecto educativo, como sobre todo sanitario y alimenticio, máxime porque fueron prematuros. Su padre no ha tenido la implicación precisa para ello, y lo juzga de irresponsable. Las relaciones con la familia extensa (abuelos se han deteriorado también), y como están jubilados viajan y no siempre pueden ayudar al padre. También argumenta que los hijos cuentan con 18 meses de edad y están muy apegados a su madre, que cuenta con mayor disponibilidad laboral para ocuparse de ellos porque ha solicitado una reducción de jornada, incluso organizando su vida cuando permanecían con el padre. También solicita una pensión de alimentos de 400 € por cada hijo habida cuenta de la holgada situación económica del padre.

4. Solicita así mismo la atribución del vehículo familiar a la apelante, que, siendo ganancial, y mayor que otros, permite el traslado de los menores.

5. Oposición al Recurso de apelación

Se opone el Ministerio Fiscal al recurso alegando que la recurrente aporta una visión sesgada parcial de lo probado, no comprende que si juzga a su ex marido "incapaz" de atender a los niños se los ha dejado de martes a jueves con pernocta.

6. D. Pablo también se opone al recurso alegando que solicita la confirmación de la sentencia porque es totalmente incierto que sea la progenitora la que se ocupa de los menores, desde hace casi un año se ocupan casi en la misma proporción de ellos. Dos días entre semana con pernocta y fines de semana alternos. Nunca se ha desentendido de las cuestiones de salud de los mismos. Su relación es educada y fluida en relación a los hijos comunes. Su disponibilidad laboral le permite ocuparse de ellos salvo de lunes a jueves en la salida de la guardería.

7. Aduce que percibe 2159€ en 14 pagas y satisface un alquiler de 800€ y ella 1150 € en 14 pagas, la vivienda en la que reside es de su propiedad.

8. Ninguna medida de administración cabe adoptar en relación al vehículo porque es suyo privativo, se lo regaló su padre el 2 de agosto de 2019, y la transferencia para su compra a la que alude la apelante no es más que la que hizo él desde su cuenta bancaria con dinero privativo para pagar el resto de la financiación que restaba respecto del mismo. Es el único vehículo que tiene y en el que transporta a sus hijos.

SEGUNDO.- 9. De la custodia compartida

A fin de evitar interpretaciones erróneas a la hora de resolver la cuestión sometida a nuestra consideración, cumple afirmar *ab initio* que para modificar el régimen a guarda y custodia compartida no es necesario que se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias. Lo único importante para modificar las medidas en materia de guarda y custodia es que el interés del menor lo aconseje y que se haya dado un cambio cierto.

10. Conforme un niño crece no sólo es positivo sino necesario que tenga el máximo contacto con ambos progenitores, normalizándose en la medida de lo posible la relación, algo que nuestra jurisprudencia entiende como relevante para que las medidas en su día adoptadas deban cambiarse, ya que su evolución conlleva que aparezcan nuevas necesidades e inquietudes que la resolución de aplicación debe contemplar. Por ejemplo, el incremento de las tareas escolares y de las actividades extraescolares, la necesaria socialización con los amigos del colegio y demás circunstancias inherentes al crecimiento hacen que sea necesario organizar la vida de los niños de forma diferente a la inicialmente configurada, máxime si las referencias afectivas, tanto materna como paterna, están perfectamente fijadas.

11. Ese crecimiento se configura como un factor de gran importancia, ya que la posible dependencia del progenitor único custodio que pudieran tener los menores a temprana edad tiende a desaparecer de forma paulatina. La adquisición de autonomía de los niños ha de plasmarse en todas las facetas básicas de su vida, llegándose a la inequívoca conclusión de que el crecimiento de los menores constituye un "cambio cierto", tal y como refieren, entre otras, la STS 658/2015, de 17 de noviembre (partiendo del interés del menor, entiende que se ha producido el cambio de circunstancias porque "la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio



regulador, y en la actualidad tenía 10 años") y las STS 306/2016, de 13 de abril y STS 246/2016, de 12 de abril, manifestándose en ambas que "El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores".

12. El Alto Tribunal **advierte a los Tribunales**, que cuando no se ha acreditado que la custodia compartida sea perjudicial para el menor, debe establecerse. Ya en la sentencia del TS número 52/2015, de 16 de febrero, y en la número 194/2016, de 29 de marzo, se ponen en cuestión decisiones tomadas en jurisprudencia menor que contravienen la doctrina del Tribunal: "*La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares*". **Además, se destaca** la importancia de que las Audiencias respeten su doctrina en aras de la seguridad jurídica, por encontrarnos ante «un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares».

13. Y en la SS 15/2020 de 16 de enero, el Tribunal reitera lo ya mencionado y afirma que en ausencia de causas fundamentadas procederá la aplicación de la custodia compartida: "**No constan en el procedimiento causa que desaconseje el sistema de custodia compartida por lo que procede establecerlo. Se vulnera el artículo 92 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, pues el interés de las menores afectadas no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por el Tribunal Supremo para la correcta aplicación del principio de protección del interés del menor a la hora de justificar el régimen de custodia monoparental adoptado, que en este caso no permitirá que sea efectivo el derecho que las hijas tienen a relacionarse con ambos progenitores**".

14. En definitiva, si nos encontramos con un régimen de custodia tradicional no compartida el Alto Tribunal considera que el cambio de criterio social y legal es causa suficiente para instar, a través del oportuno procedimiento judicial, el cambio de régimen de custodia, es más, si no concurre objeción seria para el menor, **los tribunales deben establecerla**.

TERCE RO.- 15 Aplicación de la doctrina jurisprudencial a las circunstancias del caso

Los litigantes contrajeron matrimonio en DIRECCION000 el día 28 de julio de 2018, de dicho matrimonio existen dos hijos llamados Bernardo y Camilo nacidos ambos en DIRECCION000 el NUM000 de 2021, afirmando el actor que cesó la convivencia en noviembre de 2021 formulándose la demanda de divorcio en agosto/septiembre de 2022 que fueron acumuladas, por tanto, cuentan en la actualidad dos años de edad.

16. La Sala comparte plenamente los argumentos de la resolución a quo, y no entiende los motivos de oposición que se formulan por la apelante a la custodia compartida. Imputa al progenitor que no tenga disponibilidad para querer ocuparse de los niños, "no lo ha hecho nunca" dice, sin embargo, este hecho no lo juzgamos especialmente relevante por dos motivos, uno porque efectivamente los niños son muy pequeños y es obvio que en términos generales, máxime siendo un parto gemelar, se hallan más vinculados a la madre que el padre en esos primeros momentos de vida, y, por otra parte, no podemos olvidar que concurrió una crisis matrimonial que obligó a una "separación de cuerpos", de modo que habiéndose quedado los niños con su madre y no con su padre, pues obviamente, ello generó que la ocupación de estos menores fuese mayor de la madre que del padre. Si a ello se une que el padre no se hallaba trabajando en DIRECCION000, se justifica esa mayor participación en su dedicación a sus hijos por su parte.

17. Ahora bien, sea como fuere, y como esta Sala ya ha dicho en anteriores numerosísimas ocasiones, no importa tanto al Tribunal el pasado cuanto *el presente y el futuro*, ítem más, si la implicación de D. Pablo no fue todo lo intensa que la apelante deseaba, o consideraba que debía tener lugar, la oportunidad de que lo haga es ahora, esto es, a través de la custodia compartida. Por lo demás, la atribución de roles, el reparto de papeles en la convivencia tanto en parejas estables, como en aquellas que sufren una crisis convivencial, es lo normal y además deseable porque obviamente resulta innecesario que ambos padres estén siempre todas las horas, momentos y vivencias con sus niños.

18. Por otra parte, la disponibilidad de uno y otro es similar en cuanto a sus horarios de trabajo, los niños acuden a la guardería todos los días por la mañana, que coincide con los horarios, hora arriba u hora abajo, de los padres, y desde luego, no empece a la medida adoptada que sean los abuelos paternos los que los recojan cuando el padre no puede. Es más, la madre considera muy deseable que los niños estén bajo la "tutela" de sus abuelos, que, en estos tiempos, tanto auxilio y atenciones sean de familias normalizadas o en crisis prestan.

19. Tampoco se comprende que se tilde de falta de habilidades a D. Pablo, o irresponsable en la educación y cuidado de sus hijos para la custodia compartida, y sin embargo, se acepta una "cuasi - custodia compartida" cuál es la que concurría hasta la sentencia de instancia, dos días intersemanales con pernocta y fines de semana alterno, esto es, muy amplio no se diga ahora que ya tienen más edad, que no se admite una custodia como la propuesta por el juzgador a quo que, en realidad, viene a ampliar el régimen en no muchos días más.



Desde luego, un único episodio relatado en la vista y también en el recurso a propósito de un "golpe" con una puerta cuando contaba uno de ellos 14 meses, que uno y otro valoraron de distinta manera en cuanto a su tratamiento, no es suficiente para denegar la custodia compartida, puesto que a ninguno de los progenitores puede exigírsele infalibilidad en los criterios que toman respecto de sus hijos.

20. El Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 29 de noviembre de 2013 que la relación entre los progenitores no supone un factor crucial en la aplicación de este régimen de custodia, lo fundamental es velar en todo momento por el interés del menor: "Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio 2011)". La sentencia indica que « **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 dos profesionales como los ahora litigantes». Muy al contrario, los WhatsApp que obran en autos, unido a la declaración, particularmente de D. Pablo , todo apunta a que la comunicación entre ellos por lo que respecta a los niños es fluida y dentro de unos márgenes perfectamente razonables.

21. En suma, no constan en el procedimiento causa que desaconseje el sistema de custodia compartida por lo que procede establecerlo. Se vulnera en caso contrario el artículo 92 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, pues el interés de los menores afectados no quedaría adecuadamente salvaguardado en una resolución que no haya tenido en cuenta los parámetros, reiteradamente establecidos por el Tribunal Supremo para la correcta aplicación del principio de protección del interés de los menores a la hora de justificar el régimen de custodia adoptado, que en este caso permitirá que sea efectivo el derecho que las hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de diciembre de 2017: "en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)".

22. Por tanto, retomando lo expuesto inicialmente, constatamos que debemos seguir la doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida, y que ninguno de los progenitores puede atribuirse una suerte de "titularidad" o mejor posición para el cuidado de Bernardo y Camilo en exclusiva, o que en el transcurso de su vida (seguramente con la mejor de las intenciones) sus decisiones sean siempre las más adecuadas y procedentes solo porque sea su madre o su padre, han de asumir desde ya que habrán de "negociarse" en cada caso, dentro, naturalmente de parámetros de normalidad. Como nos recuerda el TS una y otra vez, 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 afectiva y de la forma de ver la vida por parte de cada uno de ellos, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los hijos, y este no es el caso.

TERCERO.- 23. De la pensión de alimentos. Atribución del uso del vehículo familiar.

Solicita la apelante solicita una pensión de alimentos de 400 para el caso de que se otorgue una custodia exclusiva, como quiera que no ha establecido dicha custodia exclusiva se mantiene el pronunciamiento fijado en la instancia a cargo del padre de 150€ que se estableció en la instancia y no ha sido recurrido para el caso de custodia compartida, y que parece razonable habida cuenta de que los niños permanecerán con uno y otro progenitor el mismo tiempo.

24. Por esta misma razón tampoco procede la atribución de uso exclusivo del vehículo que solicita la apelante toda vez que -hallándose en discusión su titularidad si privativa o ganancial- y basándose en que el mayor tamaño de este vehículo a la madre por mor de la custodia exclusiva que no se ha reconocido, cumple no cambiar el régimen actual porque la razón que asiste a la madre también sirve exactamente igual para el padre.

CUARTO.- 25. Costas

En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.



En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

F A L L A M O S.- Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por D^a Sagrario representada por la Procurador D. José Antonio Fandiño Carnero contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio de Divorcio nº 733/22 por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de VIGO, la debemos confirmar y confirmamos con imposición de las costas a la apelante.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella pueda interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación, si concurrieren los requisitos para su admisión, (cfr. acuerdo de la Sala de Gobierno del TS de 8 de septiembre de 2023). Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala.