



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2  
BADAJOZ**

SENTENCIA: [REDACTED]/2018

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2 de BADAJOZ**

Modelo: 1280A0  
AVDA. COLÓN N° 8, 2ª PLANTA

Téno.: 924284238-924284241 Fax: FAX 924284275

Equipo/usuario: 04

N.I.G. 06015 37 1 2017 0200620

ROLLO: RPE RECURSO DE APELACION (LECN) 0001038 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de JEREZ DE LOS CABALLEROS

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO [REDACTED]

Recurrente: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado: JAVIER MARIA PEREZ-ROLDAN SUANZES-CARPEGNA

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

**SENTENCIA NUM: 174/2018**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS/AS SRES/AS

PRESIDENTE/A

D. ISIDRO SANCHEZ UGENA.

MAGISTRADOS/AS

D. FERNANDO PAUMARD COLLADO

D. JUAN MANUEL CABRERA LOPEZ.

En la ciudad de BADAJOZ, a dos de Mayo de dos mil dieciocho.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de DIVORCIO CONTENCIOSO [REDACTED] /2016, seguidos en el JDO.1A. INST.E INSTRUCCION N.1 de JEREZ DE LOS CABALLEROS, RECURSO DE APELACION (LECN) 0001038 /2017; seguidos entre partes, de una como recurrente/s D/Dª. [REDACTED], representado/s por el/la Procurador/a D/Dª [REDACTED], dirigido/s por el Abogado D. JAVIER MARIA PEREZ-ROLDAN SUANZES-CARPEGNA, y de otra como recurrido/s D/Dª. [REDACTED] representado/s por

Firmado por: FERNANDO PAUMARD  
COLLADO  
Mogro

Firmado por: JUAN MANUEL CABRERA  
LOPEZ  
Mogro

Firmado por: ISIDRO FELIX SANCHEZ  
UGENA  
Mogro



el/la Procurador/a D/D<sup>a</sup> [REDACTED] y dirigido/s por el/la Abogado/a D/<sup>a</sup> [REDACTED]. Actúa como Ponente, el/la Ilmo/a. Sr/Sra. D. FERNANDO PAUMARD COLLADO.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de JEREZ DE LOS CABALLEROS, se dictó sentencia de fecha , cuya parte dispositiva, dice:

"FALLO: Que estimando la demanda de DIVORCIO y Medidas Definitivas [REDACTED] interpuesta por las respectivas representaciones procesales de DOÑA [REDACTED] y DON [REDACTED], Debo Declarar y Declaro el DIVORCIO de los cónyuges con los efectos inherentes al mismo entre ellos la disolución de la Sociedad conyugal, con las Medidas Definitivas que regularán el Divorcio a tenor de los fundamentos Jurídicos y decisiones acordadas en el cuerpo de la presente resolución  
En materia de costas no procede hacer pronunciamiento alguno al respecto".

Dicha resolución fue aclarada por Autos de 2/5/2017 y de 3/7/2017:

<<Que estimando la aclaración advertida por esta proveyente de oficio en DIVORCIO CONTENCIOSO CON MEDIDAS DEFINITIVAS [REDACTED].

Es por ello que el menor deberá ser recogido por el padre en el colegio sito en [REDACTED] los fines de semana alternos y los días intersemanales quedando el referido punto quinto del siguiente tenor: 5) El padre [REDACTED] podrá visitar al hijo y tenerle en su compañía:

Fines de semana alternos, desde las 17:30 horas del viernes hasta la entrega del mismo en el colegio ya que vive en [REDACTED] [REDACTED] donde está el colegio, y además procede conceder visitas intersemanales los martes y los jueves desde las 17:30 horas con reintegro del menor al colegio durante el periodo lectivo, el lunes o el primer día lectivo en caso de puentes o festivos, tanto en los días intersemanales, como en los fines de semana alternos con la única excepción de enfermedad o algún impedimento del menor, en cuyo caso se reintegrará al domicilio de la madre;

Y en cambio en el punto 6) relativo a las vacaciones de Navidad Semana Santa y Verano, SE debe AÑADIR con recogida y entrega en



el domicilio del menor y de la madre en tanto en cuanto se le atribuye la guarda y custodia del menor. Contra este Auto no cabe recurso alguno>>.

<<SE ACLARA la sentencia n ° 70/2017, dictada en el procedimiento de Divorcio Contencioso n ° [REDACTED] de manera que las recogidas del menor se efectuaran a las 14:00 horas por el progenitor no custodio. De conformidad con lo previsto en el artículo 214.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil frente a la presente resolución no cabe recurso alguno>>.

**SEGUNDO** .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante/demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, si habiéndose celebrado vista pública con práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El primer apelante D. [REDACTED] impugna la sentencia de instancia, en primer lugar, para que se reconozca y establezca, de derecho y no solo de facto, un régimen de guarda y custodia compartida del menor [REDACTED], de [REDACTED] años, en favor de ambos progenitores. Entiende el recurrente que, aunque en la sentencia de primera instancia se atribuya la guarda y custodia a la madre, en realidad o de facto, se está implantando una guarda y custodia compartida, habida cuenta la amplitud del régimen de estancias y visitas que se le reconoce al progenitor no custodio, que supone un reparto equitativo del tiempo y responsabilidades al 50% entre ambos progenitores. Así, pues, concluye, la sentencia infringe el Art. 92 del Cc.

Igualmente, el apelante considera que, cualquiera que fuese el régimen de guarda y custodia que se establezca, deberá señalarse en la sentencia que el préstamo personal con [REDACTED] deberá satisfacerse por mitad por ambos cónyuges, pues fue suscrito por la sociedad de gananciales de aquéllos.

Finalmente, este apelante sostiene que, si se ratifica la custodia exclusiva de la madre, deberá rebajarse la pensión alimenticia desde los 200 € hasta los 100€ que ahora propone.

**SEGUNDO.-** Por su parte, la Sra. [REDACTED] también apela la sentencia discrepando del régimen de visitas establecido en la misma pues, en la práctica, pese a reconocerse la guarda y custodia exclusiva en favor de la madre, sin embargo, se regula un régimen de custodia compartida encubierta, por lo cual interesa que los días intersemanales sean sin pernocta.

Igualmente, impugna la sentencia para que se incremente la pensión de alimentos desde los 200 € hasta los 350, pues el Sr. [REDACTED] percibe la mayoría de sus ingresos en negro, no pudiendo ser que declare a efectos de IRPF unos ingresos de [REDACTED] € y, sin embargo, se deduzca en concepto de gastos de hipoteca [REDACTED] €.

Por último, impugna la sentencia en cuanto a los gastos extraordinarios, para que se incluyan, como tales, los libros y material escolar de principio de curso y uniforme y matrícula; así como que se subsane la incongruencia omisiva en que incurre la sentencia de instancia respecto del reparto de los dos vehículos del matrimonio, que dejó sin resolver.

**TERCERO.-** En lo que se refiere al primero de los recursos que se examinan, hemos de remitirnos a la jurisprudencia consolidada sobre guarda y custodia compartida.

Así, en nuestras sentencias nº 118/2017, de 6 de abril, R.A. nº 82/2017 y nº 169/2017, de 16 de mayo, R.A. nº 485/2015, ya decíamos:

>>El recurso no puede prosperar, como así también lo informa el Ministerio Fiscal en cumplimiento de su función de promoción del superior interés de los menores, en esta clase de procedimientos.

Y es que, en efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo "Esta Sala ha reiterado que la interpretación del Art. 92.5,6 y 7 del 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 257/2013, de 29 de abril y en la de 28 de febrero de 2017, 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 Art. 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 relacionar con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

>>La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dicen las Sentencias 545/2016; y 638/2016, está en función y se orienta al interés del menor; interés que ni el Art. 92 del C.C. ni el Art. 9 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina y que la jurisprudencia de esta Sala concreta a partir de 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 éstos con aquél>>.

Por su parte, la Sentencia de 17/1/2017 dice 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 los litigantes, al no constar lo contrario; se requiere, por tanto, una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores".

Y en fin, la Sentencia de 21-12-2016, también del Tribunal Supremo "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. La propia parte recurrente afirma que se trata de un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder



jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarla de contenido... La doctrina jurisprudencial impone la consideración del interés del menor, pero atendiendo al caso concreto".>>

**CUARTO.-** Aplicando esa doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado, se observa que, en efecto, lo establecido en la sentencia que se apela es un régimen de guarda y custodia compartida, por lo cual debe acogerse este primer motivo del recurso del Sr. [REDACTED] toda vez que se aprecia la concurrencia de los requisitos que, según aquella doctrina deben existir para adoptar el régimen de custodia compartida, habida cuenta de que no costa, en los autos, que exista conflictividad entre los padres que desaconseje la proclamación de ese régimen. La referencia que hace la Sra. [REDACTED] a un episodio relacionado con la recogida del menor a la salida del colegio, a que se alude en el documento obrante al folio 448 no pasa de ser un hecho puntual que, por sí solo, no denota esa conflictividad que podría impedir la custodia compartida.

Por otra parte las relaciones padre/hijo según también se constata, tras el examen de los autos, es suficientemente entrañable y afectuosa, como para posibilitar un contacto más estrecho, como es propio de la custodia compartida; si a ello se une que, en los autos, no existe prueba de la que se deduzca que bien el padre, bien la madre, no cuenten con capacidad suficiente y aptitudes adecuadas para atender al hijo común, de manera eficaz y satisfactoria, es obvio que debe concluirse que, el interés prevalente del menor aconseja el establecimiento de la custodia compartida.

En definitiva, declarar que el régimen estatuido por la sentencia de instancia es, en realidad, una guarda y custodia compartida y como tal debe quedar reflejado expresamente en la resolución definitiva, es conforme con los postulados del principio del "favor filii", contemplado en nuestra legislación nacional e internacional (Convenio de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, Art. 9; Carta Europea de Derechos del niño, de 21-9-1992, Apartado 15; Constitución española, Art. 39.2; Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero del Protección del Menor, modificada por Ley Orgánica 8/2015, 15 de julio, Art. 2 y Cc. Art. 92), toda vez que, de esa manera se hace efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis; y el establecimiento de tal régimen exige un mayor compromiso y una colaboración de los progenitores tendentes a que este tipo de contenciosos se resuelvan en un marco de normalidad familiar



que saque de la rutina una relación completamente protocolaria del progenitor no custodio con el hijo que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desintencivarla, tanto desde la relación del no custodio con el hijo, como de éste con aquél.

Aunque, en la práctica, este sistema puede ser más complejo que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, la redacción del Art. 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite hacer efectivo el derecho del hijo a relacionarse con ambos progenitores, máxime en supuestos como el que nos ocupa en que existe respeto mutuo en sus relaciones personales, los padres vienen cumpliendo sus deberes en relación al hijo y la práctica anterior de ambos en sus relaciones con el menor era también la de compartir su tiempo con el hijo (SS.TS. 29-4-2013, 25-4-2014, 2-7-2014; 10-1-2018).

**QUINTO.-** El régimen concreto de la guarda y custodia compartida que, procede declarar ya "de iure, mediante la resolución del recurso es, precisamente, el que se recoge en la sentencia de instancia, de 28 de abril de 2017, aclarada en 2/5/2017, pues, como reconocen ambos litigantes, se reparte al 50% el tiempo de estancia del menor con cada progenitor, por lo que no debe alterarse.

No obstante, en lo que se refiere a la contribución de cada progenitor a la cuenta común que ha de abrirse para hacer frente a los gastos comunes que genere la atención de todo orden debida al menor, será diferente para cada progenitor, pues se aprecia mayor capacidad económica en el Sr. [REDACTED], quien, en el año 2015, percibió, de diversos pagadores, una cantidad neta de [REDACTED] € como consta al folio 183), lo que significa unos ingresos mensuales de [REDACTED] € (sólo así se explica que, en 2015, hubiera podido deducirse, por inversión inmobiliaria, [REDACTED] cuando, según su declaración de IRPF de ese año, obtuvo un neto de sólo [REDACTED] €). Frente a ello, los ingresos netos de la Sra. [REDACTED], alcanzan un neto mensual de [REDACTED] por reducción de jornada., desde [REDACTED] por lo que la contribución de uno será de 200€ y la de la otra, de 100€.

**SEXTO.-** En lo que se refiere a la pretensión del Sr. [REDACTED] de que se señale, en la sentencia, que el préstamo personal con [REDACTED] se satisfará por mitad por ambos, hemos de remitirnos a nuestra sentencia 169/2017, de 16 de mayo, R.A. 485/2015, en cuyos fundamentos de derecho 3º y 4º decíamos:

<<Seguidamente, el apelante interesa que se deje sin efecto el pronunciamiento de la Sentencia de instancia que dice :>> Los préstamos e hipotecas serán satisfechos por ambos cónyuges por mitad>> pues, en base a la reciente jurisprudencia existente al respecto, no constituyen carga del matrimonio las hipotecas y préstamos.

Sobre la cuestión jurídica relativa a si el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar -vivienda sita en C/ Mártires nº 51 de Valverde de Leganés, adquirida en mayo de 2008, estando ambos litigantes, entonces solteros, aunque las cuotas del préstamo concertado para su adquisición se siguieran pagando, tras el matrimonio, celebrado el 28/3/2009, por la Sociedad de gananciales ( Arts. 1357, párrafo segundo y 1353 C.C.) y otros préstamos concertados constante matrimonio, como el celebrado, con BBVA, el 15 de junio de 2010, por ambos esposos para adquisición de un vehículo Seat Altea-, pueden englobarse o no dentro del concepto de " cargas del matrimonio", el T.S. se ha pronunciado ya en varias Sentencias que han sentado cuerpo de doctrina; así, en las SSTs. de 31/5/2006 y 21/7/2016, se indica que la noción de cargas del matrimonio ha de identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y las contraídas en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes ( Arts. 103.3ª y 1438 CC.).

En la S.T.S 28/3/2011, se señaló que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la Sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el Art. 1362, 2º CC. Y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 Cc.

En el mismo sentido, las SSTs. 26/11/2012, 20/3/2013, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90 C.C., porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostenten título de dominio sobre el mismo, de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso, por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un





concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca, cuando ambos cónyuges son deudores, y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno sólo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto con el régimen de bienes corresponde a cada matrimonio.

Y, en fin, la Sentencia T.S. de 17 de febrero de 2014 señala: << la descripción más ajustada de lo que pueda considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el Art. 1362 1ª del C.C., mencionado los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones e previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos>>.

<<Pues bien, observándose que, en la Sentencia hoy apelada, se respeta esa línea jurisprudencial que se acaba de exponer, en cuanto no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que se concretó el pago del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco según escritura pública de [REDACTED] obrante en autos, por lo que el Juzgador "a quo" se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio.

El mismo razonamiento cabe aplicar al préstamo contraído, por ambos cónyuges, constante matrimonio, en fecha [REDACTED] para adquisición de un vehículo Seat Altea, pues no es tampoco carga del matrimonio, sino que la mención a la forma de pago de ese préstamo, contenida en el fallo de la Sentencia recurrida, es razonable, pues no lo califica como carga del matrimonio.

En definitiva, el fallo de la sentencia podía en efecto, pronunciarse sobre tales cuestiones>>.

**SEPTIMO.-** En lo que toca al recurso de apelación deducido por la [REDACTED] como se desprende de lo ya razonado hasta ahora, el primero de los motivos debe rechazarse, pues pretende una guarda y custodia exclusiva en favor de la madre, con régimen restringido de visitas y estancias en favor del progenitor no custodio.

También, por las mismas razones debe rechazarse el segundo de sus motivos, sobre incremento de la pensión.

Y también el motivo tercero porque los gastos de libros, material escolar, uniforme, matrícula, de cada curso escolar



nunca pueden tener la consideración de gastos extraordinarios, al ser repetitivos, y previsibles.

Y en relación a la supuesta incongruencia omisiva, por no dar respuesta, el Juez "a quo" a la pretensión de reparto de vehículos, no costa que la Sra. [REDACTED] hubiese acudido al Art. 215 de LEC, para solicitar el complemento de sentencia para que, por la Juez de instancia, se hubiera pronunciado sobre una pretensión oportunamente deducida en el pleito por la indicada Sra. [REDACTED]

**OCTAVO.-** No ha lugar a pronunciamiento sobre costas en los recursos examinados, por razón de la especialidad de la materia (Art. 398 LEC).

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

**FALLAMOS :**

Que, estimando como estimamos, parcialmente, el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de D. [REDACTED], contra la sentencia nº [REDACTED], de 28 de abril, Procedimiento de Divorcio nº [REDACTED], aclarada por Autos de 2/5/2017 y de 3/7/2017, y, desestimando como desestimamos, el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de D<sup>a</sup> [REDACTED] contra la misma resolución, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS, parcialmente,** la dicha resolución, en el único sentido de atribuir la guarda y custodia compartida sobre el menor [REDACTED], a ambos progenitores, dejando sin efecto la guarda y custodia exclusiva en favor de la madre, Sra. [REDACTED], manteniéndose el mismo régimen de estancias, visitas y recogidas que ya acoge la sentencia apelada y Autos aclaratorios, debiendo abrir los custodios una cuenta común para atender los gastos de todo orden que genere la asistencia del menor, a la que el padre contribuirá con 200 € y la madre con 100€, actualizables conforme a la evolución que experimente el IPC o índice que le sustituya. Se mantiene la sentencia en sus restantes pronunciamientos.

No ha lugar a costas en ninguna de las instancias.

Cabe recurso de casación por interés casacional.

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