



Roj: **SAP T 1409/2021 - ECLI:ES:APT:2021:1409**

Id Cendoj: **43148370012021100523**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2021**

Nº de Recurso: **551/2021**

Nº de Resolución: **546/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL HORACIO GARCIA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4301442120178107305

Recurso de apelación 551/2021 -U

Materia: Recurso contra sentencia

Órgano de origen:Sección Instrucción. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 (VIDO)(UPAD)

Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 4/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4202000012055121

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Concepto: 4202000012055121

Parte recurrente/Solicitante: Cipriano

Procurador/a: JESUS ESCOLANO CLADELLES

Abogado/a: José Enrique Fornos Castells

Parte recurrida: Remedios

Procurador/a: MARIA MAGDALENA SANCHO BALADA

Abogado/a: José Joaquín Curto Comi

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 546/2021

ILMOS. SRES.

Presidente

D. Manuel Horacio García Rodríguez



Magistrados

D^a Inmaculada Perdignes Sánchez D^a Silvia Falero Sánchez

Tarragona, 28 de julio 2021.

La Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 551/2021 frente a la sentencia de 14 enero 2020, recaída en Divorcio nº 4/2019, tramitado por el Juzgado de 1^a Instancia de DIRECCION000 (VIDO), a instancia de D. Cipriano, como demandante-apelante, y Dña. Remedios, como demandado-apelado, siendo parte el Ministerio Fiscal, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente:

"Estima parcialmente la demanda; declara disuelto el matrimonio por causa de divorcio; atribuye la guarda de los dos hijos menores a la madre; establece un régimen de visitas paterno en fines de semana alternos y dos días entresemana, miércoles y jueves, con pernocta; mitad de vacaciones de verano, navidad y semana santa; atribuye el uso de la vivienda que fue familiar a la progenitora y los dos hijos; fija una pensión de alimentos a cargo del padre de 250.-€ para cada uno de los hijos y gastos extraordinarios por mitad.

No procede hacer especial pronunciamiento en materia de costas".

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el/la Ilmo/a Sr./a Magistrado/a Ponente D. Manuel Horacio García Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1. D. Cipriano solicita la disolución del matrimonio por causa de divorcio y una custodia compartida por semanas alternas de los dos hijos comunes, Virtudes, nacida el NUM000-2009, y Felix, nacido el NUM001-2012, la utilización de la vivienda que fue familiar por ambos progenitores en la misma forma semanal, una pensión de alimentos de 120.-€ mensuales por cada hijo y gastos extraordinarios por mitad.

En medidas previas (auto 30 noviembre 2017) se acuerda la guarda materna y un régimen de comunicación paterno filial, consistente en fines de semana alternos y dos tardes entresemana.

Por sentencia de la A.P Tarragona de 13 octubre 2020 se confirma la condena al progenitor como autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer, acaecido el 3 diciembre 2017, a la pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa.

2. Opuso Dña. Remedios una guarda materna con un régimen de visitas en los mismos términos que las medidas.

3. La sentencia de primer grado estima parcialmente la demanda; declara disuelto el matrimonio por causa de divorcio; atribuye la guarda de los dos hijos menores a la madre; establece un régimen de visitas paterno en fines de semana alternos y dos días entresemana, miércoles y jueves, con pernocta; mitad de vacaciones de verano, navidad y semana santa; atribuye el uso de la vivienda que fue familiar a la progenitora y los dos hijos; fija una pensión de alimentos a cargo del padre de 250.-€ para cada uno de los hijos y gastos extraordinarios por mitad; no impone costas.

El actor apela y el M. Fiscal se opone.

SEGUNDO.- Motivos de oposición. Decisión de la Sala.

1. El recurso objeta la custodia exclusiva materna atribuida en base a la prohibición contenida en el art. 233-11.3 CCCat por violencia de familiar o machista y aboga por una compartida con alimentos de 120.-€ por hijo, con error en la valoración de la prueba e infracción del citado precepto.

2. Es constante doctrina jurisprudencial conforme al Códici que custodia compartida es el sistema preferido por el legislador catalán, siendo el superior interés del menor el parámetro esencial para la determinación del



sistema de guarda conforme al art. 211-6, en cuanto establece que el "*favor filii*" es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte o pueda afectar, excluyéndose, en todos aquellos supuestos de violencia familiar o machista cuando el menor haya sido o pueda ser víctima directa o indirecta conforme lo dispuesto en el art. 233.11.3 (STJC 35/2014, de 19 mayo, 3/2015, de 12 enero y 29/2017, de 1 junio) .

Por tanto, no toda violencia de género impedirá el establecimiento de la custodia compartida, sino aquella en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia machista no sólo por no haber presenciado la comisión de los hechos sino también por haber quedado al margen de sus consecuencias, al no haberles llegado los efectos a través del trauma causado a la madre, tal y como ha matizado la STJC 29/2017, de 1 junio.

3. Un nuevo examen de la prueba practicada, partiendo del hecho de que el juez civil goza de plena libertad para la valoración de la prueba practicada en el subsiguiente proceso civil, y que la sentencia penal debe ser valorada como un elemento probatorio mas -documental- pues la única vinculación se produce cuando declare la inexistencia del hecho que dio lugar al mismo (art. 116 LECr), permite tener acreditado:

A) El 3 diciembre 2017, ante la falta de acuerdo entre los progenitores sobre el lugar donde se tenía que cambiar la hija para un evento que se celebraba en la población, la madre, sin previo aviso ni conformidad del padre - que disfrutaba del tiempo de estancias con los menores-, cogió a ambos hijos y se los llevo en dirección a la casa de los abuelos maternos.

Durante el trayecto y mientras la madre caminaba con los hijos hacia este lugar, el padre que iba detrás de ellos, empujo en el pecho a su cónyuge. A continuación, ya habiendo accedido todos a la vivienda de los abuelos, en presencia de ellos se fue hacia la esposa, que en aquellos momentos se encontraba de pie cambiando a la niña, y le propino un empujón con la mano derecha en el pecho, que la hizo retroceder y golpearse contra la pared.

B) Estos hechos merecieron el reproche penal, tanto en el Juzgado como por la A. Provincial que le condeno, como autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer, a la pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa (ya cumplido).

C) No consta ningún otro hecho de violencia domestica ni antes ni después y los menores, además de mantener un rendimiento escolar optimo, identifican entornos familiares gratificantes, sintiéndose estimados y cuidados por ambos progenitores, según recoge en el informe del EATAF realizado con posterioridad a los descritos (10-8-2018).

D) Ambos progenitores tienen un conocimiento bastante amplio y detallado de las particularidades de los hijos, se encuentran implicados en las diferentes esferas filiales, cuentan con capacidades de organización, cuidado y atención adecuada hacia los niños y presentan capacidad afectiva y habilidades educativas y sociales que se adaptan a las necesidades de los hijos; además, ambos progenitores tienen una red familiar de soporte a la que los menores se encuentran vinculados afectivamente (EATAF).

E) La madre es cuidadora principal de los hijos y les ofrece un cuidado y atención adecuada. Se detecta que su proyecto es oponerse a la custodia compartida justificando su posicionamiento por su rol durante la trayectoria familiar y la desconfianza a ciertas actuaciones paternas (puntualidad, no continuidad de las actividades extraescolares en el entorno paternos) [EATAF].

F) El proyecto familiar de coparentalidad del padre es genuino y se centra en el deseo explicito de participar activamente en la cotidianidad de los hijos y que estos tengan los dos referentes (EATAF). Su actividad laboral como empleado de banca le permite una flexibilidad horaria compatible con el cuidado y el respeto a la jornada laboral a tiempo completo, según certifica el banco para el que trabaja. Dispone de vivienda en alquiler en la localidad de residencia de los menores.

G) Se advierte una comunicación parental disfuncional, con reproches mutuos de la conflictividad.

4. A la vista de lo expuesto la primera alegación y motivo de apelación que condiciona los demás debe ser acogido. En efecto, el precepto legal exige para la exclusión de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas (art. 233-11.3).

Es suficiente a estos efectos con acreditar que los han presenciado o que los han percibido sensorialmente de cualquier otro modo, de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo, es decir, que hayan sido expuestos de cualquier forma a dicho tipo de violencia (STJC 27/2014, de 1 abril y 77/2014, de 1 diciembre), sin que en este sentido puedan excluirse a los menores de corta edad, aunque la determinación de la realidad de su afectación dependerá de las circunstancias del caso (STJC 27/2014, de 14 abril) y podrá ser objeto de la correspondiente prueba pericial que así lo acredite o que, en su caso, lo descarte (STJC 35/2014, de 19 mayo).



Y esto es lo que a nuestro juicio se echa de menos: la prueba de la afectación de los menores. El informe pericial del EATAF -único- ni siquiera menciona el hecho a pesar de haber sido elaborado con posterioridad y los menores no están afectados en modo alguno. Su actividad escolar se desarrolla con normalidad (coordinación con Escola DIRECCION001) y mantienen una relación afectiva y gratificante con ambos progenitores (EATAF). Los problemas de Virtudes (atencionales) y los de Felix (grafía y enuresis) son anteriores y tratados por el CSMJ (desde 23-3-2017 en el caso de Virtudes y noviembre 2017 en el de Felix por derivación de CEDIAP).

En lo demás, se trata de un acto aislado de una importancia relativa o leve (condena por tipo atenuado del art. 153.4 C.P.), que más bien se inscribe en los problemas caracterológicos de ambos cónyuges, en la confrontación y la divergencia relacional. Sin ningún tipo de "retruque" (oposición al recurso) o afectación en la madre con trascendencia a los hijos (STJC 29/2017, de 1 junio). Ninguno de ellos ha precisado de apoyo psicológico ni potencialmente tienen la entidad para requerirlo.

5. Mas importante aun. El interés primordial de los menores aconseja el establecimiento de una guarda compartida como modelo que asegure continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores (art. 211-6 *Codi*), que están en disposición de ofrecerlo.

No es aceptable la actitud materna, recogida en el informe del EATAF, de oposición frontal a la coparentalidad como proyecto familiar. Que haya sido cuidadora principal de Virtudes y Felix a lo largo de la trayectoria familiar, incluso aceptando que el progenitor hubiere estado poco implicado, con ser importante solo es uno de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen y forma de ejercer la guarda (art. 233-11).

Debe ponderarse conjuntamente con otros como la vinculación afectiva con los progenitores, la aptitud para garantizar el bienestar de los hijos, la opinión expresada por estos y, también, la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores. No olvidemos que esta es una resolución que mira al futuro y este pasa por lo que más convenga a los menores.

Por lo tanto, valorando conjuntamente las circunstancias del caso, procede la estimación del recurso en este punto y revocar la sentencia para establecer una custodia compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la entrada del colegio, tal y como ha solicitado el recurrente.

6. En el recurso se pide que la vivienda familiar -cuya titularidad desconocemos- se utilice como "vivienda nido" y que su uso sea alterno por cada uno de los progenitores permaneciendo en la misma los dos hijos menores (art. 233-20.1 *Codi*).

La STSJC núm. 7/2017, de 6 de febrero aborda esta forma de atribución del domicilio familiar reconociendo que no está prohibida sino admitida, siempre que no hubiera podido detectarse un interés más necesitado de protección que otro (art. 233-20.3.a) y que no procediera la liquidación del patrimonio común (art. 232-12), pero la califica de "fórmula residual" recomendable solo en muy pocos supuestos excepcionales, en los que las características específicas de la vivienda a compartir, producto de su adaptación a las especiales necesidades de los menores sometidos a custodia -p.ej. menores con ciertas discapacidades, familias numerosas especiales- lo hicieran prácticamente imprescindible.

Además, en el caso, debe tenerse en cuenta que el progenitor ha alquilado otra vivienda en DIRECCION001 (6-2-2019), en la que desarrollar su vida y atender a sus hijos, con lo que esa petición principal debe entenderse abandonada y proveer a la subsidiaria que consiste en la rotación entre los domicilios de los progenitores semana a semana.

7. Resta el examen del segundo motivo de apelación relativo a la pensión de alimentos que ha de abonar el progenitor a sus dos hijos, que son debidos con independencia de la forma de ejercer la guarda de los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente (art. 233-10.3).

Desde el principio de proporcionalidad (art. 237-7) y la capacidad de las personas obligadas a prestarlos (art. 237-9), cumple examinar las posibilidades económicas de cada uno de los progenitores. Son las siguientes.

El progenitor es director de sucursal de un banco y en el IRPF 2017 declara unos ingresos netos de 51.150,09.-€, o lo que es igual 4.262,5075.-€ líquidos al mes, extras prorrateadas.

La progenitora, de profesión administrativa, en el mismo periodo IRPF 2017, tributa por un salario neto de 13.838,12.-€ anuales, que suponen 1.153,17.-€ líquidos al mes, extras prorrateadas.

No se acreditan necesidades especiales de los menores.

Con estas bases la pensión a abonar por el progenitor se establece en la suma de 150.-€ por cada hijo, es decir, 300.-€ mensuales por ambos.



TERCERO.- Régimen de costas.

Al estimar en parte el recurso no se hace pronunciamiento sobre las costas (art. 398.2 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

El Tribunal decide:

1º.- Estimar en parte el recurso de apelación formulado por D. Cipriano frente a la sentencia de 14 enero 2020, dictada por el Juzgado VIDO de DIRECCION000 , en Divorcio nº 4/2019, que se anula en parte, estableciendo como medidas definitivas:

- a) La guarda compartida de los menores Virtudes y Felix por semanas alternas, de lunes a lunes a la entrada del colegio.
- b) La pensión de alimentos a cargo del padre se fija en la suma de 150.-€ por cada hijo, es decir, 300.-€ mensuales por ambos, actualizables según IPC.
- c) Mantenemos el resto de pronunciamientos.

2º.- No nos manifestamos sobre las costas.

Y devolución del depósito constituido.

La presente resolución podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469- 477 Disposición Adicional 16ª LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.