

DIVORCIO. ATRIBUCION DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA A LA MADRE POR UNA MAYOR DEDICACION DE LA MADRE A LOS HIJOS Y ALCOHOLISMO DEL PADRE. El juzgado de primera instancia otorga la custodia exclusiva y la audiencia estima el recurso de la madre y otorga la custodia exclusiva basándose a) respecto al Alcoholismo del padre debe ponerse de relieve que en el caso de autosno está acreditada la curación de dicho problema de alcoholismo, debiendo tenerse en cuenta que el informe médico de septiembre de 2019, aunque aluda a una evolución en general satisfactoria, se trata de un informe muy distanciado en el tiempo, un año anterior a la vista de septiembre de 2020, demasiado lejano en el tiempo, además de no ser acreditativo dicho informe de una curación de dicha dependencia.b) Respecto la mayor dedicación de la madre, tiene en cuenta la consideración de la dedicación continuada y total de la madre al cuidado de los menores, la falta de dedicación del padre a los mismos y su desentendimiento y despreocupación de los estudios de los menores, las edades de éstos, 8 y 10 años, las manifestaciones de los menores, así como las dinámicas de conflictividad entre los progenitores. Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 19 mayo 2021. **Número Sentencia:** 217/2021 . **Ponente:** Emma Galcerán Solsona .Origen instancia

Cabecera: Principio del superior interes del menor. Guarda y custodia compartida o conjunta. Pension alimenticia

En relación a la guarda y custodia debe recordarse que la **guarda y custodia compartida** no es un medida excepcional, sino que, especialmente a partir de la sentencia del tribunal supremo, de 29 de abril, se considera como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores (sentencia del tribunal supremo, de 30 de octubre) ; a lo que debe añadirse, que el analisis de las cuestiones sobre la guarda y custodia de los menores debe contemplar siempre el prevalente **interes del menor**, o, en otras palabras, el fin último del **artículo 92 codigo civil** es posibilitar la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de estos.

PROCESAL: Aclaracion y rectificacion de error. Subsancion de omision y complemento

Jurisdicción: Civil

Ponente: Emma Galcerán Solsona

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 19/05/2021

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 217/2021

Número Recurso: 49/2021

Numroj: SAP VA 888:2021

Ecli: ES:APVA:2021:888

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00217/2021

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2018 0016587

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000049 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000911 /2018

Recurrente: Fermina

Procurador: FERNANDO TORIBIOS FUENTES

Abogado: ALICIA CONTRERAS LOPEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Argimiro

Procurador: , MARIA TERESA MARTIN GARCIA

Abogado: , FRANCISCO JAVIER GUTIERREZ DELGADO

SENTENCIA num. 217/2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D^a EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a diecinueve de mayo de dos mil veintiuno.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Divorcio Contencioso núm. 911/18 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-APELANTE Dña. Fermina**, representada por el Procurador D. FERNANDO TORIBIOS FUENTES y defendida por la letrada Dña. ALICIA CONTRERAS LÓPEZ, y de otra como **DEMANDADO-APELADO D. Argimiro**, representado por la Procuradora Dña. MARÍA TERESA MARTÍN GARCÍA y defendido por el letrado D. FRANCISCO JAVIER GUTIÉRREZ DELGADO, no personado en las actuaciones, con la intervención como parte apelada del **MINISTERIO FISCAL**.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 22/09/2020, se dictó sentencia, aclarada por autos de fecha 10/11/2020 y 15/12/2020, cuyo fallo y partes dispositivas respectivamente, dicen así:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Toribios Fuentes en representación de Dña. Fermina frente a D. Argimiro representado por la Procuradora Sra. Martín García y estimando la solicitud efectuada por éste en su contestación, adopto como medidas definitivas las siguientes:

Declaro:

1.-La disolución del matrimonio de ambos cónyuges celebrado el día 16 de julio de 2005 cesando la presunción de convivencia conyugal.

2.-Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro, y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Adopto como medidas definitivas las siguientes

1º.-Sin perjuicio de la titularidad conjunta de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, la guarda y custodia se otorga de forma compartida a los dos progenitores con la distribución de estancias, forma de llevarla a cabo y régimen de vacaciones en la forma que se articula en el fundamento cuarto de esta resolución. Este régimen comenzará a hacerse efectivo el día 28 de setiembre de 2020 a la salida del colegio de la menores y comenzará turno el padre que es quien no tiene en la actualidad a la hijos en su compañía y así de forma sucesiva y alterna, una semana con cada progenitor.

2.-Respecto a los alimentos de los hijos menores, cada progenitor asumirá los gastos ordinarios y extraordinarios en la forma establecida en el fundamento quinto de esta resolución.

En concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos, el progenitor deberá entregar a Dª Fermina la cantidad de 250 euros mensuales, (125 por cada uno de los hijos), que será pagada dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año. Esta pensión se devengará desde la fecha de esta resolución y será actualizada anualmente una vez se publique el índice de precios al consumo.

3.-La vivienda familiar sita en la CALLE000 n° NUM000 URBANIZACION000 de DIRECCION000 (Valladolid) se atribuye a D. Argimiro con un límite de 18 meses a partir de esta resolución en cuyo momento la dejará libre para su venta.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales."

PARTE DISPOSITIVA AUTO DE 10.11.20 :

"S.Sª. ACUERDA: Aclarar y complementar la Sentencia dictada por este Juzgado en fecha 29.11.17 en el sentido que se recoge en los Fundamentos de ésta resolución, manteniendo lo demás pronunciamientos en todos sus términos."

(FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. El artículo 214.1 de la L.E.C ., establece que los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. Las aclaraciones podrán, según establece el apartado 2 del mismo precepto, de oficio, por el tribunal o Letrado de la Administración de Justicia, según corresponda, dentro de los dos días siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por quien hubiera dictado la resolución de que se trate dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

SEGUNDO. En el presente caso la petición ha sido formulada dentro de plazo y se estima procedente examinar los mismos conforme a lo estrictamente pactado y registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

TERCERO.A la petición efectuada por D. Evaristo:

1º Apartado cuarto del fallo: elección de los periodos: no procede al estar contemplado tal pronunciamiento.

2º Apartado sexto del fallo: donde dice, "clases extraordinarias de volibol debe decir, "clase extraordinarias de fulbito".

3º Apartado octavo del fallo: referido a las cargas del matrimonio: no procede.

A la petición efectuada por DÑA. Rita:

1º En el punto cuatro de la parte dispositiva queda redactado: "el día de la festividad de Reyes el progenitor que no le corresponda el turno de estancias y visitas podrá disfrutar previa comunicación anticipada de sus tres hijos durante 3 horas, suprimiéndose lo recogido respecto al día del cumpleaños de los hijos y al día del Padre o de la Madre".

2º en el punto sexto de la parte dispositiva donde dice "esta pensión se devengará desde la fecha de ésta resolución y será actualizada anualmente conforme al IPC", debe decir, "esta pensión se devengará desde el momento de la interposición de la demanda",

Y ello, dado que nada se mencionó en el pacto alcanzado por lo que de oficio debió aplicarse el carácter retroactivo de la pensión, al tratarse de una obligación legal en aplicación de lo dispuesto en el art. 148 del Código Civil al tratarse de una Sentencia que fija la pensión de alimentos ex novo y el precepto señala como día inicial de la prestación el de la interpelación judicial (SAP de Valladolid, Sección Primera, de fecha 1 de Septiembre de 2017 que sigue la doctrina establecida en STS 14 de Junio de 2011 , puntualizando que deberá descontarse los alimentos prestados desde la interposición de la demanda y la fecha de firmeza de la sentencia.)

PARTE DISPOSITIVA AUTO DE 15.12.20 :

"S.Sª ACUERDA: Rectificar los errores materiales apreciados por la representación de Don. Argimiro en el sentido que se especifica en los Fundamentos de este Auto, permaneciendo el resto de la resolución invariable."

(FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil después de proclamar en el artículo 214.1 el principio de que los tribunales no podrán variar sus resoluciones una vez firmadas, permite en el apartado final del mismo artículo y en el 2 del artículo 215, subsanar errores y completar las sentencias o autos que hubieren omitido manifestamente pretensiones que se hubieren deducido oportunamente y sustanciado en el proceso, siempre que se solicite por alguna de las partes en el plazo de cinco días, computados desde la notificación de la resolución.

Constatados los errores materiales que contiene el fallo de la sentencia dictada por este Juzgado en fecha 22 de setiembre de 2020 en consonancia con el contenido del fundamento cuarto procede su rectificación, debiendo quedar redactado de la siguiente forma:

Fallo: Donde dice, "Este régimen comenzará a hacerse efectivo el día 28 de setiembre", debe decir, " Este régimen comenzará a hacerse efectivo el día 2 de octubre a la salida del colegio"

Donde dice, en referencia a los periodos vacacionales de verano "Cuarto periodo: desde el día 15 de agosto al 31 de julio a las 20,00 horas", debe decir, " desde el día 15 de agosto al 31 de agosto a las 20,00 horas.)

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de Dña. Fermina se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 06/05/2021, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. Dña. EMMA GALCERÁN SOLSONA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Frente a la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020, aclarada por autos de fecha 10 de noviembre de 2020 y 15 de diciembre de 2020, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Dña. Fermina, no habiéndose presentado oposición al recurso de apelación por la representación procesal de D. Argimiro.

Como se declara en la sentencia de fecha 15/02/2021, RPL-374/20, de esta Sala, Fundamento de Derecho Primero y Segundo, "Con carácter previo cabe señalar que, como declara la sentencia de esta Sala de fecha 12 de febrero de 2020, RPL 377/19, F.D. Segundo,

"En relación a la guarda y custodia debe recordarse que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que, especialmente a partir de la STS nº 257/2013, de 29 de abril, se considera como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores (STS nº 593/2018, de 30 de octubre); a lo que debe añadirse, que el análisis de las cuestiones sobre la guarda y custodia de los menores debe contemplar siempre el prevalente interés del menor, o, en otras palabras, el fin último del art. 92 CC es posibilitar la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste."

"Con esta premisa inicial deben de fijarse para determinar el régimen de guarda más adecuado criterios tales como:

1ª-la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;

2ª-los deseos manifestados por los menores competentes;

3ª-el número de hijos;

4ª el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales;

5ª-el resultado de los informes exigidos legalmente, las circunstancias personales, laborales y económicas concurrentes

y; 6ª- cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada para el correcto desarrollo de su personalidad.

Con estas premisas iniciales la STS de 19 de julio de 2013 establece : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda 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 estos con aquel". Lo que se pretende con un posible régimen de custodia- compartida es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013), pero ello siempre que al mismo tiempo se aprecie como más beneficioso para los menores."

"Respecto de la guarda y custodia compartida, referida en el Código, señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de abril de 2013 (STS): *«sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC 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 artículo 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 relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.»*"

"Partiendo de la doctrina señalada en materia de guarda y custodia, procede analizar los parámetros de referencia para valorar la adecuación al caso de esta medida de guarda y custodia. En todo caso, la interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta que la guarda y custodia compartida no deberá tener carácter excepcional, y que en la medida de lo posible deberá ser la adoptada, lo que no implica que automáticamente se deba establecer en todo caso."

"Como indica la sentencia de fecha 07/03/2019, PMM 311/2018, JPI nº 1 de DIRECCION001, Fundamento Segundo, para la debida resolución del asunto en lo concerniente a la guarda y custodia de un menor, la argumentación ha de venir referida al

principio del interés prevalente del menor, según las concretas circunstancias concurrentes, teniendo declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de abril de 2013 y 12 de diciembre de 2013, que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC 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."

"El concepto de interés del menor ha sido concretado y desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten... y a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. Pese a ello, esta doctrina legal no le exonera de la carga de probar el beneficio de la medida sustitutiva de cambio de guarda y custodia frente a la existente de custodia materna desde la concreta perspectiva del interés del menor."

"En esta materia, régimen de guarda y custodia, la doctrina jurisprudencial que cabe destacar es la contenida en las SS.TS. de 22 de julio de 2011, 29 de abril de 2013, 19 de julio de 2013 29 de noviembre de 2013, 2 de julio de 2014, 16 de febrero de 2015, 17 de enero de 2018, 30 de octubre de 2018, entre otras, que ha sido analizada por el Juzgador de instancia, declarando la sentencia de primera instancia, FD. Primero, "Debe recordarse que tanto la patria potestad como el conjunto de actuaciones y medidas que se adopten respecto de los menores han de guiarse, como principio general y prevalente a cualesquiera otros en juego, incluido el de los padres o allegados, por el superior interés y beneficio del menor, como expresamente reconocen los arts. 92, 103, 154, 158, 161 172 y 176 del Código Civil, los arts. 2.1 párrafo 1 ° (*"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir "*) y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (*" En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño "*), el art. 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por

Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio (*" Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses "* -DOCE n° C 241, de 21 de septiembre de 1992-).

"El art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, apunta como criterios generales a tener en cuenta en orden a la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, por este orden":

"a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas".

"b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior".

"c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia..."

"La Constitución española impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989). En toda la normativa internacional y estatal mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales."

"En relación a la guarda y custodia debe recordarse que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que, especialmente a partir de la STS n° 257/2013, de 29 de abril , se considera como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores (STS n° 593/2018, de 30 de octubre); a lo que debe añadirse, que el análisis de las cuestiones sobre la guarda

y custodia de los menores debe contemplar siempre el prevalente interés del menor, o, en otras palabras, el fin último del art. 92 CC es posibilitar la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste."

"Con esta premisa inicial deben de fijarse para determinar el régimen de guarda más adecuado criterios tales como: 1ª-la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; 2ª-los deseos manifestados por los menores competentes; 3ª-el número de hijos; 4ª el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; 5ª- el resultado de los informes exigidos legalmente, las circunstancias personales, laborales y económicas concurrentes y; 6ª- cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada para el correcto desarrollo de su personalidad. Con estas premisas iniciales la STS de 19 de julio de 2013 establece : " se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil , ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda 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 estos con aquel". Lo que se pretende con un posible régimen de custodia-compartida es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013), pero ello siempre que al mismo tiempo se aprecie como más beneficioso para los menores".

SEGUNDO.- En el recurso de apelación se contienen alegaciones acerca dla falta de dedicación del padre a los menores, su **despreocupación** por sus estudios,que la **madre ha sido siempre quien se ha ocupado de los hijos**, llevándoles y recogiénolos del colegio y actividades extraescolares, preparándoles las comidas, ayudándoles en las tareas escolares,acudiendo en exclusiva a **las tutorías** y reuniones del colegio, y una vez decretado el estado de alarma, el padre se desentendió de las clases a distancia, la madre tuvo que hacer el esfuerzo de comprarles una Tablet para que pudieran comunicarse con los profesores y recibir las tareas diarias, y la madre fue quien se ocupó de remitir los deberes hechos a los profesores por correo electrónico; que **el padre les llegó a prohibir que durante las estancias con él hicieran los deberes**, habiéndose aportado doc. núm. 7, email de la profesora preguntando por los deberes de varios días, hasta siete días distintos, con la respuesta de la madre, pantallazo de los mensajes de Whatsapp entre los progenitores.

Se indica que esta despreocupación del padre por los estudios de los hijos no es nueva, ya que ha sido la madre quien siempre se ocupó de cuidarles, incluida la educación y los deberes escolares, como se recoge en la exploración de los menores en el informe

psicosocial, y manifestaciones suyas en el Tribunal, de sentirse más atendidos por la madre.

Asimismo **en relación con el problema de alcoholismo del padre**, el informe psicosocial ampliatorio se limita a reflejar la información de ATRA, que coincide con el informe presentado por ATRA en julio de 2020, pero manejando como último informe médico el de septiembre de 2019, y además se refiere que el padre asistió a un 40% de las terapias de los miércoles, y no habiendo asistido a ninguna de los sábados según comunicación de la trabajadora social obrante en autos, **no existiendo prueba de la curación del alcoholismo**, ni un informe determinante y rotundo al respecto, y además **no se hacen controles toxicológicos**, siendo el último examen médico e informe médico de septiembre del año 2019, entre otras consideraciones.

Llegados a este punto, **debe ponerse de relieve que en el caso de autos** no está acreditada la curación de dicho problema de alcoholismo, debiendo tenerse en cuenta que el informe médico de septiembre de 2019, aunque aluda a una evolución en general satisfactoria, se trata de un informe muy distanciado en el tiempo, un año anterior a la vista de septiembre de 2020, demasiado lejano en el tiempo, además de no ser acreditativo dicho informe de una curación de dicha dependencia, no existiendo prueba tampoco de una curación del alcoholismo con posterioridad a la mencionada fecha, argumentación a la que debe añadirse **la consideración de la dedicación continuada y total de la madre al cuidado de los menores, la falta de dedicación del padre a los mismos** y su desentendimiento y despreocupación de los estudios de los menores, las edades de éstos, 8 y 10 años, las **manifestaciones de los menores**, así como las dinámicas de conflictividad entre los progenitores, por todo lo cual, procede concluir estimando este motivo impugnatorio, atribuyendo la guarda y custodia de los menores a la madre en exclusiva, con el régimen de visitas y los periodos vacacionales establecidos en el fallo, por considerar que es lo más beneficioso para los menores, en atención al interés superior de los mismos, su desarrollo emocional, el crecimiento armónico de su personalidad y la formación integral, lo que requiere un marco de estabilidad en la atención, cuidado y satisfacción de sus necesidades de todo tipo, que en el caso de autos sólo queda debidamente garantizada mediante la guarda y custodia materna en atención al superior interés de los menores, sin perjuicio de la titularidad conjunta de la patria potestad, y como consecuencia de ello, se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos, Jose Francisco y Jose Pablo, hasta que cumpla los dieciocho años de edad el menor de los hijos mencionados, para que vivan en el mismo con su madre, Dña. Fermina, a quien se ha atribuido su guarda y custodia.

En cuanto a la pensión de alimentos, se establece a favor de los hijos y a cargo del padre en la cuantía de 250 € mensuales para cada hijo, es decir, 500 € mensuales en total, a pagar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre, y actualizable con arreglo al IPC, teniendo en cuenta que la madre acredita unos ingresos de alrededor de 1000 € al mes, y el padre, dueño de una empresa de transportes, reconoce ingresos de 1100 € mensuales inferiores a los reales que cabe deducir del pago del alquiler de la nave de 400 €, pago de 900 € de un préstamo al mes, la mitad del crédito hipotecario del domicilio familiar, pagos a una persona asalariada y otros signos externos que revelan una situación económica mejor de la reconocida, **teniendo en cuenta**

asimismo, por otra parte, que con la atribución del uso del domicilio familiar que se ha acordado, la madre no tendrá que pagar el alquiler de una vivienda, y ambos abonarán al 50% los gastos extraordinarios conforme al fallo, lo que implica una estimación parcial de lo pedido en el recurso, y estimación parcial de la demanda de Dña. Fermina. De lo expuesto se deduce, como consecuencia, la desestimación del apartado 3 del suplico del recurso, siendo cuestión distinta la consecuencia de la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar acordada en esta sentencia, evidentemente, en cuanto al necesario desalojo por parte del padre para que se instalen y vivan allí los dos menores y su madre, en los términos antes consignados.

TERCERO.- No procede hacer especial imposición de costas de ninguna de las instancias al haberse estimado en parte la demanda y estimado en parte el recurso (art. 394 y 398 LEC).

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Fernando Toribios Fuentes, en nombre y representación de Dña. Fermina, contra la Sentencia núm. 223/20 de fecha 22/09/2020, aclarada por autos de fecha 10/11/20 y 15/12/2020, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Valladolid, en procedimiento de Divorcio Contencioso núm. 911/18, **revocándola parcialmente**, y en consecuencia, estimando en parte la demanda de Dña. Fermina frente a D. Argimiro, debemos declarar y declaramos:

- 1) La disolución del matrimonio de ambos cónyuges celebrado el día 16 de julio de 2005 cesando la presunción de convivencia conyugal.
- 2) Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro, y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Al propio tiempo debemos acordar y acordamos:

1º) Sin perjuicio de la titularidad conjunta de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores, Jose Francisco y Jose Pablo, a la madre en exclusiva, Dña. Fermina, con el régimen de visitas y los periodos vacacionales siguientes:

Régimen de visitas: el padre podrá estar con sus hijos en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana a la entrada en el mismo, debiendo el padre recogerlos en el centro escolar y entregarlos en el mismo, y si no fuese día lectivo ese viernes, los recogerá a las 20 horas en el domicilio de los menores; si no fuese día lectivo ese lunes, los entregará la víspera, domingo, a las 20 horas en el domicilio de los menores.

Los periodos vacacionales a fin de su reparto y en caso de desacuerdo serán:

VERA NO

- Primer periodo: desde el día 1 de julio hasta el 15 de julio a las 20.00 horas.
- Segundo periodo: desde el 15 de julio hasta el día 31 de julio a las 20.00 horas.
- Tercer periodo: desde el día 31 de julio al 15 de agosto a las 20.00 horas.
- Cuarto periodo: desde el día 15 de agosto al 31 de agosto a las 20.00 horas.

NAVIDAD

- Primer periodo: desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 20.00 horas.
- Segundo periodo: desde la finalización del anterior periodo hasta el día de inicio de la actividad escolar.

SEMANA SANTA

Se dividirá en dos periodos iguales con cada progenitor desde el día de inicio de vacaciones hasta el día de la reanudación del curso escolar.

La madre elegirá los periodos vacacionales en los años pares y el padre en los impares. En verano elegirán en periodos alternos.

2º) Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar sito en CALLE000, núm. NUM000, URBANIZACION000 de DIRECCION000, a los hijos Jose Francisco y Jose Pablo, para que vivan en el mismo con su madre, Dña. Fermina, a quien se atribuye la guarda y custodia exclusiva, hasta que cumpla 18 años de edad el menor de los dos hijos antes citados.

3º) Se fija a cargo del padre, D. Argimiro, una pensión de alimentos a favor de sus hijos menores Jose Francisco y Jose Pablo de 250 € mensuales por cada hijo (en total 500 €/mes por los dos), que deberá pagar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre, Dña. Fermina, actualizable anualmente conforme al IPC, y ambos abonarán al 50 % los gastos extraordinarios considerando tales, exclusivamente, los relativos a la salud no cubiertos por seguro público o privado, gafas, odontólogo, prótesis y medicinas; y educacionales, consistentes en clases particulares de apoyo que puedan precisar los menores para superación de asignaturas troncales recomendadas por el Centro escolar donde estudien los menores.

Debido al carácter variable en la producción y coste de este tipo de gasto, quien pretenda la vía judicial para su cumplimiento deberá acreditar la previa reclamación extrajudicial a la otra parte adjuntando justificación documental sobre concepto detallado, beneficiario, importe, fecha, persona o entidad que emite la factura o recibo, todo ello a fin de permitir el abono voluntario.

No se hace especial imposición de costas de ninguna de las instancias.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.