ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 61/18

Iltmos. Sres.:
Presidente:
D. Pedro Roque Villamor Montoro
Magistrados:
D. Felipe Luis Moreno Gómez
D. Miguel Angel Navarro Robles

Juicio Ordinario nº 415/16
Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba
Rollo 596/17

En Córdoba a veintitrés de enero de dos mil dieciocho

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos referenciados incoados a instancia de DON F[redacted] representado por la procuradora Sra. Cosano Santiago y asistida del letrado Sr. Arcos Martin contra DOÑA A[redacted] representada por la procuradora Sra. Garrido López y asistida de la letrada Sra. Azaustre Garrido y siendo en esta alzada apelante doña A[redacted] a la que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal y al que se opuso la representación procesal de don F[redacted] al tiempo que también impugnaba la sentencia y con la intervención del MINISTERIO FISCAL. Es Ponente del recurso D. MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se dictó sentencia con fecha 10/2/17 cuyo fallo textualmente dice: "Que debo estimar y estimo en parte las demandas acumuladas interpuestas por D. F[redacted] representado por la Procuradora Sra. Beatriz Cosano Santiago y Dª. A[redacted] representada por la Procuradora Sra. María Virtudes Garrido López, respectivamente, sobre modificación de medidas aprobadas por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, de fecha 24 de mayo de 2013, dictada en los autos número nº 359/2013, de este Juzgado y debo aprobar y apruebo las siguientes

modificaciones:1.- Se establece a favor del progenitor no custodio el siguiente régimen de visitas: Fines de semana alternos, desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 21 horas , pernoctando con ambos en el domicilio de aquél. La semana que no le corresponda al padre disfrutar de los niños el fin de semana , el padre recogerá a los hijos a la salida del colegio tanto la tarde de los miércoles como la tarde de los jueves , y los reintegrará en el domicilio materno a las 21 horas en verano y a las 20:30 horas en invierno. La semana que al padre le corresponda disfrutar de los menores el fin de semana, el mismo estará en compañía de los menores, la tarde de los martes y de los jueves desde la salida del centro escolar a las 21 horas en verano y las 20:30 horas en invierno. A los efectos de fijación de los horarios de entrega de los menores, el período de verano será el comprendido entre los meses de abril a octubre (ambos inclusive) siendo el de invierno el período comprendido entre los meses de octubre a abril. Los períodos de vacaciones escolares se distribuyen por mitad , conforme al convenio regulador del divorcio. 2.- La pensión de alimentos a favor de los hijos menores establecida en su día , queda fijada en la cantidad mensual de 450 euros, a razón de 225 euros para cada hijo. Se mantiene las demás medidas no modificadas por esta sentencia .Sin pronunciamiento expreso sobre las costas".

SEGUNDO : Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de doña A[redacted] a la que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal y al que se opuso la representación procesal de don P[redacted] al tiempo que impugnaba la sentencia y todos ellos en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresaron, del que se efectuaron los oportunos traslados con el resultado que obra en autos, remitiéndose posteriormente las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes y habiéndose celebrado deliberación y fallo el día 15/12/17.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución anterior se interpone recurso de apelación por la representación de la madre progenitora alegando en esencia, el error en la valoración de la prueba e infracción de la normativa y jurisprudencia que entendía aplicables, considerando el grave problema familiar que subyace en el presente caso en relación en

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

particular al hijo menor [redacted] (que padece desde temprana edad trastorno de desarrollo y retraso madurativo con discapacidad reconocida actual del 33%), evolución desfavorable de su enfermedad, asi como de la situación personal de la recurrente, y la necesidad de atención más acuciante sobre el mismo y por ende por el padre también, que aconsejaba la modificación de medidas que finalmente y de modo principal concretaba en cuanto a guarda y custodia compartida, considerando que el empeoramiento de la evolución de la enfermedad del menor se refrendaría asimismo con el ultimo informe de la Unidad de Salud Mental del Reina Sofía hecho valer en la presente alzada y el desbordamiento de problemas en el entorno materno sobrevenido con la enfermedad del padre de la recurrente con cáncer desde octubre de 2016 y que le prestaba incondicional y permanente ayuda (habiéndose producido el final fallecimiento del mismo durante el presente trámite). Entendía ademas indiscutida la capacidad e idoneidad de ambos progenitores para ejercer la guarda y custodia de los hijos, y la disponibilidad del padre, dado su trabajo de mañanas como funcionario y reputando, además, que no es un sistema excepcional sino ordinario y ventajoso en el interés de los menores, siendo insuficiente e injustificada, en definitiva, la negativa del padre a dicho régimen de custodia, en una posición de su parte, que, aún finalmente acogida en la resolución de instancia, sin embargo petrifica la situación persistente, sin valoración de los beneficios que la modificación puede reportar a los hijos. Subsidiariamente interesaba, además de la ampliación del régimen de visitas conforme a lo establecido en el convenio de divorcio, el incremento de la contribución oportuna del padre al alto coste que le supone contratar una persona que sepa y quiera cuidar del referido hijo [redacted], teniendo en cuenta además la situación económica del padre por ingresos y saldo conocido en su cuenta.

Por su parte la representación del padre progenitor se oponía al recurso anterior e igualmente impugnaba la resolución recurrida en el aspecto relativo al incremento de la pensión de alimentos establecida a su cargo que rechaza al reputar en esencia que la pensión actual era ajustada, proporcionada y que atendía suficientemente las necesidades de los hijos comunes. Todo lo cual resultó contestado de contradicción por la representación materna.

El Ministerio Fiscal se adhirió parcialmente al recurso de apelación de la madre, interesando, en esencia, el incremento de las pernoctas de los hijos con el padre y el aumento de la pensión de

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

alimentos a cargo del padre, oponiéndose al recurso de la representación paterna.

Se mantiene así la contradicción de partes en cuanto a aquellos pronunciamientos no acogidos/no considerados de la pretensión suscitada. Y a la vista de lo actuado y doctrina seguida por esta Sala sobre las cuestiones de autos ya reiteradas en anteriores resoluciones, y aquietado el ámbito de la contradicción a considerar en esta alzada de conformidad con el art. 456 LEC, se valora en las circunstancias del caso, de conformidad esencial con la recurrente, como se pasa a exponer.

SEGUNDO.- Resultaban como antecedente apreciables que D. F[redacted] y Dª A[redacted] contrajeron matrimonio el 30 de mayo de 1998, fruto del cual tuvieron dos hijos, [redacted] y [redacted] nacidos respectivamente el 18.5.2001 y 5.3.2003. Decretándose el divorcio entre ambos por sentencia de 24 de mayo de 2013 que aprobaba el convenio regulador acordado entre partes con las medidas que se estimaron conducentes, considerando entonces la situación profesional de los padres, que se mantiene, así del Sr. [redacted] como funcionario con destino en la Subdelegación del Gobierno de Córdoba con horarios esencialmente de mañana, (1.100 €) y de la Sra. [redacted] como enfermera que presta servicio en la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias 061, con horario a turnos rotatorios de 12 horas (2.200 €), y la propia de los hijos menores y especial de [redacted] por su discapacidad. Señalándose como medidas la atribución de la guarda y custodia a la madre de los menores, y un régimen de visitas al padre de fines de semana alternos (de viernes a lunes) y visitas intersemanales de miércoles/ jueves con respectiva pernocta, según corresponda o no ese fin de semana al padre, así como la mitad de las vacaciones. Ya se prevenía también como gasto extraordinario la cuota mensual del gabinete de psicología el que asistía el hijo [redacted] (Aprender Pensando) considerando la aplicación prioritaria al mismo de la ayuda pública recibida del INSS en dos pagas semestrales en enero y julio. Consignándose también expresamente que *"En el establecimiento de esta medida se tenido en cuenta que el hijo mayor* [redacted] *sufre una minusvalía por trastorno madurativo del desarrollo por lo que por su propia característica precisa llevar una vida más ordenada, centrada y realizada. En atención a ello,*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

en interés del hijo, se estará a la evolución del hijo, los términos anteriormente citados" -f.23 y ss-.

En efecto, el hijo menor [redacted] viene siendo atendido como paciente en la Unidad de Salud Mental del Centro Hospitalario Reina Sofía desde el año 2010. Asistía también al centro indicado, Aprender Pensando, hasta junio de 2015. Desde octubre del mismo año acude al centro Impulsare para trabajar aspectos de autocontrol, autoestima, regulación emocional y habilidades sociales entre otras -f.144-y mas recientemente y por acuerdo de partes acude al centro terapeutico Mesana, desde 25 de julio de 2016 -f.449-. También constaba su asistencia al centro de la Asociación de Autismo de Córdoba, para actividades de ocio y tiempo libre con un grupo referencial acorde a su enfermedad.-f.145-.

Las diferencias entre ex cónyuges se mantienen en el tiempo con especial incidencia en el referido menor, y en junio de 2015 se emite informe del centro técnico Aprender Pensando que pone en evidencia las dificultades apreciables sobre el menor derivadas de la separación personal de aquellos iniciada en los dos años anteriores, que condicionan y afectan al desarrollo constatando que "*la evolución de* [redacted] *en las diferentes areas trabajadas no alcanza su nivel de edad y escolaridad favorecida por los factores ambientales en el terreno familiar, que impiden un desarrollo normalizado de las habilidades. Destacando como hipótesis predictiva que de no llevarse a cabo una modificación del ambiente familiar se agravarán las dificultades de conducta, aumentarán los niveles de estrés y ansiedad el niño, pudiendo desarrollar trastornos emocionales y físicos*". Por lo que el centro decide "*interrumpir temporalmente la intervención con* [redacted] *y su familia, dado que no se eliminan los conflictos entre los progenitores, no consiguiendo lograr acuerdos de gestión, ni tampoco que estos implementen las directrices de este equipo de profesionales...*" .- folios 40 a 44-.

También en junio de 2015, días antes del referido informe, se destaca un episodio de disputa entre el padre y el referido hijo que propició la demanda de medidas urgentes por la representación de la madre interesando la suspensión temporal del régimen de visitas del padre. Resolviéndose finalmente mediante auto de fecha 15.7.2015 (f.58), que sancionaba el acuerdo alcanzado de partes -con el informe favorable del Fiscal- en cuanto a la suspensión de las pernoctas respecto del hijo [redacted] con el padre por un periodo de seis meses y

con el compromiso de su revisión por los propios progenitores al terminar dicho periodo, en enero de 2016.

Las diferencias de los padres a principios de 2016 se reactivan como evidencia los correos entre los mismos de enero y febrero de 2016 (folio 45 y ss y 146 y ss). Ello con ocasión del término del periodo de vigencia de la medida cautelar referida y reinicio del régimen de visitas preexistente entre partes, con dificultades de su puesta en práctica, destacándose por el padre el incidente de día 14.1.2016 con la negativa del menor a pernoctar con el padre y episodio de rotura de mobiliario e insultos acontecido en el domicilio de éste .

En estas fechas resultaba asimismo, la baja temporal laboral de la madre por síndrome de ansiedad orgánica así valorada a la misma -folios 207 siguientes- que se reitera en febrero y marzo (folios 441 y 442).

En resolución de la Delegada Territorial de Igualdad, Salud y Poilica Sociales de 18.2.2016 se revisa la discapacidad del menor reconociéndose le un grado de discapacidad del 33%., con dictamen de "Trastorno del desarrollo. Trastorno del Aprendizaje no Filiada".f.340 y 341-.

En fecha de 5 de marzo de 1016 se emite informe por el Servicio de Salud Mental del Reina Sofía (folios 204/5) que constatan que *"en los últimos dos meses el menor presenta sintomatología de trastorno adaptativo con síntomas de irritabilidad, tristeza y aumento de patrones repetitivos de comportamiento. En consulta el niño refiere sentimientos de ira y celos de su hermano ya que según el niño refiere, el padre prefiere la compañía de su hermano".* Además *" el rendimiento académico disminuido y ha aumentado el aislamiento social en el colegio".* Recomiendan el comienzo de un "proceso de mediación familiar" con implicación de los padres y la *"necesidad de un régimen de visitas similar para ambos hermanos, para evitar conflictos entre los hermanos y sentimientos de rechazo por parte del paciente".*

No se ha llegado a reanudar con efecto el régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio, rechazándose por el padre las pernoctas en su domicilio reputando en tal sentido la voluntad que entiende preeminente del menor discapacitado y que no admite la madre otro régimen distinto o atenuado conforme a la pretensión del

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

padre. Y en abril de 2016 se interponen las respectivas demandas de modificación de medidas resultando su acumulación en las presentes actuaciones.

Por la representación del padre progenitor se sostiene una modificación sustancial de circunstancias en relación con la situación del menor, que se ha agravado considerablemente, haciendo apoyo ilustrativo y esencial del informe del centro Aprende Pensando de 22 de junio de 2015 y episodio acaecido el 14.1.16 antes aludidos. Reprochando a la madre "que no quiere modificar absolutamente nada de lo establecido en el convenio" regulador del divorcio, *"exhibiendo una conducta pasiva y negativa, dinamitando la relación a paternofilial, pues no permite que mi mandante tengan en compañía a sus dos hijos el fin de semana o intersemanal si no se llevan a cabo las pernoctas impuestas respecto de* _____". Aportando al efecto, los correos entre partes al fin del periodo de la medida cautelar precedente, antes aludidos. Y considerando ante todo el deseo que entiende manifestado del menor de no pernoctar con el, interesaba la supensión de dicho aspecto del régimen de visitas respecto del referido hijo _____, permaneciendo inalterado el régimen de estancias y visitas respecto del otro hijo, _____.

La representación de la madre, por su parte, también interponía demanda de modificación de medidas, que reputaba necesaria ante la deriva del estado del menor y situación insostenible para la misma de su exclusiva y esencial atención hacia aquel, considerando los antecedentes más arriba expuestos en el informe último del Servicio de Salud Mental de 5 de marzo de 2016 y su situación sobrevenida de ansiedad. Reprochaba que *"el padre se niega a aceptar los problemas del hijo"* y que pretenda en definitiva *"desentenderse del mismo negándose a pernoctar con* _____" y avocando al desequilibrio de prestaciones que generaba la situación actual . Interesando por ello la reanudación del régimen de visitas original y subsidiariamente el incremento de la pensión de alimentos al padre para atender los gastos de contratación de persona que asista particularmente al referido hijo _____.

En informe de la Unidad de Salud Mental del reina Sofía de 27.4.2016 se destacaba de un lado, una evolución favorable en el area afectiva del menor a lo largo de las últimas sesiones con capacidad para reaccionar sobre su propio comportamiento, aun con temor de perdida de control. *"Refiriendo sentirse significativamente mejor con su*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

padre y en casa de éste. Refirió echarle de menos". De otro lado, sin embargo, igualmente se destacaba la evolución desfavorable en el área adaptativa con dificultad para las responsabilidades básicas de higiene y tareas y organización de sus cosas, con aumento de conductas repetitivas.

Abierta pieza de medidas provisionales se acordó por auto 8.7.2016 sancionar el acuerdo alcanzado de partes el que se hacía constar de un lado, la voluntad de ambos padres de iniciar un "proceso de mediación familiar" expresamente recomendado por la Unidad de Salud Mental, y concretando de otro lado, y esencialmente las visitas del padre a los fines de semana alternos pero solo de sábado a domingo, con visitas intersemanales de miércoles y jueves (o martes y jueves en semanas que no se correspondan con el fin de semana de visitas), sin pernocta manteniéndose la pensión alimenticia vigente(150€/hijo/mes).

Ya se constata igualmente en autos acreditación de sintomatología ansioso depresiva, así apreciada al padre progenitor desde mayo de 2016 (informe psicológico, folio 335). Y ulterior de enero de 2017 folio 452.

A fecha de 22.12.2016, las notas del referido menor en el primer trimestre de año en curso resultaban plenamente desfavorables para el mismos, con diez suspensos (folio 450).

En escrito de la representación paterna de 9.1.2017 se hacen manifestaciones sobre el cumplimiento del acuerdo en sede de medidas provisionales si bien que se asevera igualmente que por ninguno de los padres se ha ido a Mediación Familiar.

En escrito de la representación materna de 11.1.2017 se ponen de manifiesto hechos nuevos reputados de relevancia e interés que orientaban la final modificación de su pretensión demandada. Así partiendo de exponer las peculiaridades y dificultades de su situación laboral con la complejidad de la rotación de turnos en el Servicio del 061 en el que trabaja, y que venía contando con la asistencia y ayuda imprescindible hasta la fecha de sus padres y abuelos de los menores, expresaba y justificaba la enfermedad sobrevenida en relación con su padre ascendiente, diagnosticado de cáncer desde octubre de 2016 y con padecimientos e ingresos correspondientes que precisaban, de un lado, de su mayor atención al mismo, y de otro lado viéndose privada ademas de su ayuda esencial para con los nietos menores y

especialmente con [redacted]. Reputando por ello la acuciante de una mayor implicación en definitiva de su ex cónyuge para corresponsabilizarse en el cuidado de los menores, mediante el establecimiento al efecto del régimen de custodia compartida entre ambos con el correspondiente régimen de visitas en relación al progenitor no custodio según detallaba en su escrito (folios 404 y ss).

En el acta de la exploración judicial de ambos menores realizada el 19.1.2017 se expresaba por ambos su deseo de seguir como estaban, solo concretaba el menor [redacted] que *"algunas veces no quiere irse con su padre porque se enfada mucho"*, lo que reconoce también el menor [redacted] quien también concretaba en su declaración *"que ellos dormían los miércoles y jueves con su padre y quiere que sea así"*.

La sentencia en instancia finamente resuelve la modificación meramente parcial de las medidas, en esencia, elevando a definitivo el régimen de visitas ya acordado en medidas provisionales y elevando también la pensión de alimentos del padre hasta los 225€ por hijo y en suma 450€.

Propiciándose así, por último, los respectivos recursos de apelación e impugnación de partes en los términos mas arriba expuestos, con la insistencia de la madre sobre el regimen de custodia compartida en tales circunstancias sobrevenidas -y con el fallecimiento final del abuelo materno referido-, y por el rechazo al incremento de pensión alimenticia por parte del padre.

En el último informe clínico de consulta de 6.3.2017 realizado por el Servicio de Salud Mental Infanto-Juvenil del Reina Sofía, hecho valer en alzada, igualmente se constata los rasgos de personalidad alterados del menor con muy bajo nivel de empatía y sin conciencia de reglas sociales *"Presenta una alteración grave en la interacción social y cognición social manifestada en una desinhibición extrema (ej, masturbarse en la clase en frente del profesor) sin ser consciente de forma intuitiva de las consecuencias de su comportamiento. Presenta patrones rígidos de comportamiento, obsesión por el juego de ordenador, llegando a desafiar y manifestar rabietas extremas hacia sus padres cuando no puede conseguirlo. Se niega a hacer los deberes diarios con sus padres aunque responde mas positivamente a los profesores particulares"*. Concluyendo con un juicio clínico principal de *"Trastorno grave, complejo y múltiple del desarrollo (riesgo grave de patología psiquiátrica y alteración de patrones de personalidad).*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Cociente intelectual promedio. Discapacidad significativa en reas funcionales; colegio, familia y social".

TERCERO.- El art. 90.3 del C. Civil , en su última redacción establece que: «*3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código*».

Como viene señalando el Tribunal Supremo "*Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto*".(v.gr, sentencia de fecha 12 de abril de 2016 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo). Apreciado así el interés del menor e correspondencia a los mandatos normativos internos e internacionales que lo tutelan (art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución , y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor). Revocándose por ello aquellas sentencias que "petrifican" la situación de la menor desde el momento del convenio regulador aprobado judicialmente "*sin atender a los cambios que desde entonces se han producido*", como precisa la sentencia 390/2015, de 26 de junio . Así en particular "*el hecho de que un determinado régimen establecido se haya «venido llevando a cabo, sin incidencia alguna" desde su inicio, desde sus inicios con determinada edad del menor, "no es especialmente significativo para impedirlo. Lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen STS , Sala de lo Civil , Sección: 1ª, 29/11/2013 (rec. 494/2012)*"(STS, Civil sección 1 del 25 de octubre de 2017). Habiéndose considerado entre otros parámetros para valorar el cámbio de circunstancias relevante desde la fecha de la sentencia antecedente a estos efectos la propia evolución de los menores por razón de edad (STS 17.10.2017), dado que ello supone cambios

sustanciales en la personalidad de los mismos, debiendo comprender con mayor razón las peculiaridades de los supuestos de hijos discapacitados, que demandan una mayor atención y exigencia de corresponsabilidad parental. Sin perjuicio de valorar conjuntamente con ello la estabilidad perseguida en los mismos, conflictividad subsistente en la pareja, dificultades de comunicación, posibilidades de conciliación de vida familiar y profesional, deseos de los menores, y desde luego la capacitación e idoneidad personal de cada progenitor. Habiendo incidido el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de julio y 27 de septiembre de 2011, en la nota de derecho dinámico que caracteriza el derecho de familia e insiste en la posibilidad de efectuar un seguimiento del modelo de guarda establecido. En la primera de la citada recuerda que *"en esta materia decisiones judiciales pueden ser modificada mediante el procedimiento de modificación de medidas siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor"* y la segunda citada señala que *"este tribunal no puede decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección del hijo en los caso de separación los padres sino de si ello es conveniente para aquel menor en el concreto momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando han cambiado las circunstancias por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas"*.

Por lo demás es cierto que la actualidad se establece como modelo preferible o preferido el de la guarda compartida entre los progenitores. Ahora bien, esta preferencia legal frente a la guarda individual solo se dará si las circunstancias concurrentes avalan su adopción de modo que deberá ceder si es contraria al interés del menor, porque el modelo preferente es aquel que mejor tutela el interés del menor, considerando a estos efectos a los anteriores parámetros señalados.

CUARTO.- En el presente caso, cabe adelantar, la valoración, de la consideración resultante de los antecedentes anteriores, que la situación actual y preexistente no se advierte favorable a la estabilidad debida de los menores, constatándose antes al contrario la evolución perniciosa en los problemas que subyacen entre partes en relación a los hijos y en particular, respecto del hijo menor [redacted] Y si bien las peculiaridades del estado mental y evolución de la personalidad del referido menor no permiten aventurar una certidumbre plena sobre la

repercusión o alcance venidero del cambio de régimen impetrado y que mediante al presente se contempla, las exigencias de una inmediata revisión del régimen actual en términos de su modificación relevante, se reputan insoslayables, ante el mayor riesgo de deriva hacía el enquistamiento de las actuales relaciones entre progenitores por temas meramente económicos relacionados con la atención debida especialmente a dicho menor, con el distanciamiento que comprende la mutación parcial del régimen de visitas actualmente considerado (con la supresión de pernoctas del padre) cuya incidencia directa tanto en el estado de salud de aquel menor como en la relación entre hermanos no cabe obviar, aconsejando en su mejor protección, la adopción de un régimen paritario y lo mas equilibrado posible de consideración a ambos menores, que comprende la análoga exigencia de partes sobre los mismos, y de un modo estructural y no meramente coyuntural, que unicamente el establecimiento de un régimen de custodia compartida puede abarcar.

La oportunidad del cambio sobrevenido, se valora asi de acicate o estimulo a la progresión e implicación más intensa en la corresponsabilidad de ambos padres para el mejor desarrollo y atención sobre los dos menores, y en particular del hijo de discapacitado.

La conflictividad por otro lado de los progenitores en el marco del régimen de custodia exclusiva de la madre hasta la fecha considerado, resultaba asi en el presente caso, otro elemento que cuestiona la persistencia de dicha situación previa, sirviendo con mayor razón – y contradictoriamente a lo que ocurre en los supuestos ordinarios sin hijos con discapacidad-, para apreciar prudencialmente la necesidad del cambio de régimen interesado. Ello por cuanto no cabe desconectar además que las desavenencias de aquellos se relacionan o implican directamente con el estado y evolución adversa del menor discapacitado.

En el caso, no se advierte mayor duda de la realidad apreciable y apreciada por todos -cada uno a los efectos que a su instancia interesaba- del cambio circunstancial de la evolución de la conducta del menor, con los hechos y episodios diversos conocidos y vividos por ambos padres, e incremento de las dificultades de su adecuado control y atención al compás de su crecimiento y mayor edad, y que evidenciaban los distintos informes de autos. Realidad por si misma que dejaba cuestionada por insuficiente y sobrepasada tanto la medida

vigente de la sola custodia materna hasta la fecha mantenida, como la de su mera modificación parcial en cuanto a las visitas paternas, dada la entidad del problema familiar que subyace entre las partes de autos, y que por su peculiaridad y alcance exige extremar las posibilidades y deberes respectivos de ambos, sin que pueda por ello hacerse recaer sobre ninguna de ellas en particular o con mayor protagonismo personal como hasta la fecha resultaba, esencialmente a través de la madre demandada. Habiendo decaído, respecto de esta ultima ademas, la red de apoyo sustentada en la figura de su padre y abuelo de los menores, recientemente fallecido, como circunstancia relevante asimismo a considerar, precipitando la entera crisis de sostenimiento familiar finalmente avocada a esta alzada.

La naturaleza de los incidentes mas arriba relatados, y realizados por el menor discapacitado, dan cabal idea de la excepcionalidad de las circunstancias del caso, y que demanda por ello medidas de mayor exigencia recíproca de parte, mas allá de las consideraciones ordinarias sobre la mera preferencia o alternativa posible entre diversas opciones de guarda y custodia sobre hijos comunes menores. Siendo el beneficio e interés, en especial del referido menor, el que en realidad, demanda tal exigencia, y por encima incluso de las simples manifestaciones de voluntariedad del mismo, que por sus especiales circunstancias de salud, no cabe reputar de mayor peso o relevancia en estos supuestos. Se consideran así conducentes al cambio de régimen en este sentido los antecedentes de tales incidencias y recíprocamente sufridas por ambos progenitores y no exclusivamente por el padre (así en cuanto a agresiones y situaciones de riesgo reconocidas por uno y otro -folio 195- y aseveraciones en vista, min 20 y 33 y 35). Igualmente no cabía obviar las recomendaciones de la Unidad de Salud Mental en cuanto en concreto a la necesidad de un régimen de visitas similar para ambos niños, para evitar conflicto entre hermanos y sentimientos de rechazo (informe 5.3.2016), sin desdeñar tampoco las evidencias de los sentimientos positivos de ambos hijos y así también expresamente de _____ respecto de su padre, que igualmente reflejaba el informe de 27.4.2016 de autos. Sin que quepa confundir la estabilidad y seguridad debida de los menores con la mera comodidad o simple rutina y continuidad en el mantenimiento de la situación actual de los mismos en contraposición a aquel fin orientador en interés y beneficio de ambos de cara al futuro próximo como fundamento de su más pronta sustitución por un nuevo régimen que permita sentar las bases de una

renovación positiva del nuevo marco de relaciones familiares entre las partes y sus hijos, aún en el estrecho corto margen que la cercana mayoría de edad de estos aún permita.

En definitiva, dada aquella evolución negativa apreciada sobre el referido menor, la necesidad de mayor atención que ello demanda el mismo, riesgo de diferencias entre hermanos abiertas que puedan repercutir con perjuicio sobre ambos, lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de partes, además, superado por las circunstancias personales de los progenitores, en particular de la madre con la quiebra acontecida en su red de apoyo familiar mas inmediata, y necesidad de un cambio de alcance en tales circunstancias, apreciadas las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos, justificaban el cambio hacia el régimen de custodia compartida finalmente interesada y valorada en las presentes actuaciones.

QUINTO.- Sobre el contenido y detalle de tal régimen sin embargo, y aun no habiéndose suscitado mayor debate al efecto, al haberse centrado la contradicción de autos sobre la esencia del cambio de régimen señalado, las consideraciones mas arriba expuestas y separación pretendida con el régimen precedente, aconsejan prudencialmente la modalización del mismo en relación a la propuesta recurrente, y brinda la oportunidad de poner en juego la mejor estrategia y habilidades de conciliación de las partes en beneficio de los menores, con suficiencia para superar en todo momento, el riesgo de enfrentamientos que pudieren propiciarse con ocasión de la sucesión en los periodos de las estancias cortas que la previsión de custodia compartida semanal comprende, hasta la esperada normalización de las relaciones familiares mutuas venideras, apartándola de su actual judicialización.

Procediendo por todo ello acceder a la revisión impetrada de la sentencia recurrida fijando un sistema de mera alternancia semanal de custodia compartida que permite comprender, por innecesarias, la supresión de las visitas intersemanales en armonía con un sistema mayor alternancia y continuidad, y que a efectos de su mayor coordinación con las actividades escolares de los hijos, comprenda el inicio mismo de la semana, y por tanto de lunes a lunes, y no su final, asi también para ambos progenitores. Considerando también con la

flexibilidad posible los periodos de vacaciones en todo caso paritarios por mitad entre ambos progenitores, y repercusión respectiva de gastos de sostenimiento de los hijos en el respectivo periodo, a salvo los extraordinarios, respecto de los que, manteniéndose esencialmente las mismas circunstancias económicas de partes, no se advierten razones para su modificación en este momento.

De este modo, el intercambio de los menores se verificará los lunes, de modo que el que tenga a los mismos, los dejará en el centro escolar en el horario de inicio de la jornada escolar, y el otro lo recogerá a la salida de clase ese día. Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por el calendario escolar de Córdoba, se considerará éste periodo agregado al fin de semana y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana.

Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre. Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

En relación a la pensión de alimentos, cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el tiempo en que estén bajo su cuidado. Los gastos extraordinarios se abonarán en la misma proporción entre partes en que se venían atendiendo hasta la fecha a conformidad de las mismas.

Todo lo cual se advierte, por su sencillez, de perfecto encaje en el caso, al menos, como punto de partida y sin perjuicio de su mejor desarrollo o deselvolvimiento oportuno que fuere preciso, conforme a las dificultades que su práctica ponga de manifiesto. Remitiéndonos al efecto, al debido entendimiento de partes, con preferencia a cualquier intervención judicial.

SEXTO.- La estimación esencial del recurso de parte apelante principal, que comprende rechazar no apreciar las consideraciones de Ministerio Fiscal y asimismo de parte apelada impugnante, con final desestimación de la demanda de esta ultima, impide todo

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

pronunciamiento de costas en ninguna de las instancias, conforme a los artos 398 y 394 LEC, atendida asimismo la especial naturaleza de las medidas cuestionadas, no relegadas únicamente el principio dispositivo de partes.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

F A L L A M O S: De un lado, Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª. A contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia nº 5 de Córdoba, con fecha 10 de febrero de 2017, en las presentes actuaciones, que se revoca acordando en su lugar haber lugar a lo siguiente; ESTIMAR la demanda formulada por la misma frente a D. F con establecimiento entre partes de un régimen de custodia compartida semanal, en la forma que establece el Fundamento Jurídico Quinto de esta resolución, que se da por reproducido, y a desestimar en coherencia la demanda que fuera sustentada por este ultimo frente a aquella en estas actuaciones, y todo ello sin hacer especial imposición de costas en primera instancia.

De otro lado y dado lo anterior, se declara no haber lugar a la impugnación suscitada por la representación del coapelado D. F y adhesión subsidiaria de Ministerio Fiscal.

Y todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas igualmente en la presente alzada a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sección, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial; estandose a los criterios de admisión del Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 2017 y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.