



Roj: **SAP SA 568/2019 - ECLI: ES:APSA:2019:568**

Id Cendoj: **37274370012019100568**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2019**

Nº de Recurso: **9/2019**

Nº de Resolución: **466/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00466/2019

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

-

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

Correo electrónico:

Equipo/usuario: VSJ

N.I.G. 37274 42 1 2016 0007244

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000009 /2019

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.8 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000738 /2018

Recurrente: Montserrat , Nieves , Joaquín

Procurador: , MARIA DE LOS ANGELES CARNERO GANDARA , MARIA PURIFICACION PEIX SANCHEZ

Abogado: , , LUIS FRANCISCO NIETO GUZMAN DE LAZARO

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA nº 466/2019

ILMO SR PRESIDENTE

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DOÑA MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA

DON EUGENIO RUBIO GARCIA

En la ciudad de Salamanca a treinta de septiembre del año dos mil diecinueve.



La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SUSPUESTO CONTENCIOSO N° 738/2018**, del Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 9/2019**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante-apelado **DON Joaquín** representado por la Procuradora Doña PURIFICACION PEIX SANCHEZ y bajo la dirección del Letrado Don LUIS FRANCISCO NIETO GUZMAN y como demandada-apelante-apelada **DOÑA Nieves** representada por la Procuradora Doña MARIA ANGELES CARNERO GANDARA y bajo la dirección de la Letrada Doña CARMEN OJEDA ENSELL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día treinta de octubre de dos mil dieciocho por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 8 se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: FALLO: " **ESTIMO** la demanda interpuesta por D. Joaquín , representado por la procuradora Dª Purificación Peix García y defendido por el letrado D. Luis Francisco Nieto Guzmán de Lázaro frente a Dª Nieves , representada por la procuradora Dª María Ángeles Carnero Gándara y defendida por la letrada Dª Carmen Ojeda Ensell, siendo parte el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, **acuerdo** la modificación de las medidas vigentes en el sentido siguiente:

1º.- Se establece un régimen de guarda compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la salida del colegio, de forma que cada progenitor comenzará su semana yendo a buscar a la menor al colegio a esa hora.

Si el lunes es festivo o está dentro de un puente escolar, ese puente lo disfrutará el progenitor que la tenga en custodia, de suerte que luego la llevará al colegio en el día lectivo siguiente a dicho puente, siguiendo el régimen de guarda conjunta instaurado.

Se establece una visita durante la semana que será los miércoles, a favor del progenitor que no le toque la guarda de la menor, comenzando a la salida del colegio, de forma que el progenitor que deba disfrutar de ese miércoles acudirá al colegio a buscar a la menor, y la devolverá en el domicilio del progenitor que tenga la guarda semanal a las 21: 00 horas.

2º.- Se establece un régimen de **vacaciones de verano**, durante el cual se suspende la guarda conjunta del punto 1º, consistente en periodos alternos.

Los periodos son desde día de finalización de las clases en junio a la salida del colegio, hasta el 1 de julio a las doce de la mañana. Desde este instante hasta el 16 de julio a las doce de la mañana. Desde este instante hasta el 31 de julio a la misma hora. Desde este momento hasta el 16 de agosto a las doce de la mañana. Desde este momento hasta el 1 de septiembre a las doce de la mañana y desde este momento hasta la hora de entrada en el colegio con el comienzo del curso escolar.

En caso de desacuerdo, los años pares elige sus periodos el padre. Los años impares, la madre, comunicándose por escrito entre ellos los periodos elegidos con un mes de antelación.

Los periodos serán de disfrute alternativo, por turnos.

En **Navidad**, las vacaciones se disfrutarán conforme al calendario escolar y serán divididas por mitades, correspondiendo un periodo a cada uno de los cónyuges y que será distribuido según el común acuerdo de ambos, alternando cada año las festividades con el fin de poder disfrutarlas ambos progenitores. Para el supuesto de desacuerdo corresponderá la elección los años pares al padre y los años impares a la madre. Los periodos vacacionales de Navidad que se establecen son: desde el día de finalización de las clases a la salida del colegio al 31 de diciembre a las doce de la mañana y desde este momento hasta la reanudación de las clases, de forma que el padre que la tenga consigo llevará a la menor al colegio, reanudándose la guarda conjunta con el progenitor que no haya disfrutado de este último periodo vacacional.

Las vacaciones de **Semana Santa** se disfrutarán conforme las vacaciones escolares y serán divididas por mitades, correspondiendo un periodo a cada uno de los progenitores que será distribuido según el común acuerdo de ambos. Para el supuesto de desacuerdo corresponderá la elección los años pares al padre y los años impares a la madre.

Así, el primer periodo va desde el día de finalización del periodo lectivo en el Viernes de Dolores hasta el Miércoles Santo a las doce de la mañana y desde este momento hasta la reanudación de las clases, de suerte que el progenitor que la tenga consigo la llevará al colegio, reanudándose la guarda conjunta con el progenitor que no hubiese disfrutado de este último periodo vacacional.

En caso de que el calendario escolar fije el día inicial de vacaciones en el Miércoles Santo, el primer periodo va desde ese día a la hora de finalización de las clases, hasta el día de Lunes de Pascua a las doce, y desde ese día hasta la reanudación de las clases, como se ha dicho en el párrafo anterior.



3º.- En el régimen de guarda conjunta y de vacaciones los progenitores podrán ponerse de acuerdo y alterarlo en beneficio, siempre, de la menor.

Si hay alguna omisión en cuanto a las horas de recogida o entrega, así como los lugares de entrega o recogida, en los puntos anteriores, se aplicará lo establecido en la sentencia de divorcio, solo en esos concretos aspectos, y, en su defecto, los lugares de recogida y entrega será el domicilio del progenitor que vaya a disfrutar de un periodo de guarda o de vacaciones o visitas, y en cuanto la hora, las establecidas en los puntos anteriores, aplicados análogamente según tenga la niña colegio o no.

Se faculta a los progenitores a auxiliarse de terceros para llevar a cabo las recogidas y entregas de la menor.

4º.- Se mantienen las medidas restantes de la sentencia de divorcio en materia de comunicaciones telefónicas, día de Reyes, días especiales (cumpleaños, día de la madre o del padre, etc), puentes escolares, información recíproca sobre aspectos relacionados con la menor, como salud, viajes, etc.

5º.- Los gastos de la menor serán pagados por los progenitores según ostenten su guarda. Los gastos que se devenguen en periodos superiores, o que sean atendibles de una sola vez, como gastos escolares, uniformes del colegio, actividades extraescolares, serán pagados por mitad. Y los gastos extraordinarios, también. Solo son gastos extraordinarios los que dice el Tribunal Supremo como *imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuando lo harán y en consecuencia, no son periódicos* (STS 576/ 2014). Se incluyen aquellos gastos médicos, farmacéuticos, ortopédicos, de ortodoncias, o de gafas, cristales y lentillas (que sean necesarios para la salud visual de la menor) que no estén cubiertos por el sistema público de salud.

En tanto en cuanto la madre no tenga trabajo, el padre abonará **120 euros** de pensión de alimentos todos los meses, dentro de los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta corriente que la madre designe y actualizables conforme el IPC en cómputo anual.

6º.- Se sigue atribuyendo el uso del domicilio y ajuar familiares a la madre, demandada en este procedimiento.

Sin expresa imposición de **costas**."

2º.- Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando que dicte resolución mediante la cual, admitiendo el presente recurso en su totalidad, revoque la Sentencia impugnada y declare haber no haber lugar a la Modificación de Medidas interesada en la Demanda.

Asimismo, se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando que estimando el recurso de apelación interpuesto por esta parte dicte sentencia por la que, revoque y modifique la de instancia en cuanto a los siguientes concretos pronunciamientos:

1º Se **mantenga a la sra. Nieves en el uso del domicilio familiar** sito en DIRECCION000 (Salamanca), en AVENIDA000 nº NUM000 , **o, en su caso, se atribuya, en favor de la menor** -si se estima lo más beneficioso para la misma- debiendo en tal supuesto trasladarse ambos progenitores en los periodos de custodia que les corresponda; si bien, en cualquiera de ambos casos, **la atribución de dicho uso será de forma provisional y limitado a un plazo máximo de dos años**, periodo en el que se deberá proceder a la división de tal inmueble común.

2º Se establezca que el progenitor al que corresponda elegir el periodo vacacional de verano deberá hacerlo con, al menos, un **preaviso de dos meses** de antelación a su inicio.

3º Se establezca el 1 de agosto, a las 1200 horas, como fecha y momento de finalización de la segunda quincena del mes de julio en las vacaciones de verano y de inicio de la primera de agosto.

4º Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

Dado traslado de dichos escritos por la representación jurídica de la parte demandante se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado de contrario para terminar suplicando que dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo y se confirme la de la instancia -a salvo de los pronunciamientos que han sido objeto de recurso por esta parte-, con expresa imposición de costas a la aquí recurrente.

Y por la representación jurídica de la parte demandada se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado de contrario para terminar suplicando que dicte resolución mediante la cual declare la desestimación del recurso de apelación de adverso, con imposición de costas al recurrente.



Por el Ministerio Fiscal se presentó sendos escritos en los que en respecto al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en relación al primer motivo alegado, no se opone al recurso de apelación, y en relación al segundo motivo considera que procede la estimación, tratándose más bien de un supuesto de complemento o aclaración de Sentencia. Y respecto al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, interesa la desestimación del recurso interpuesto y la plena confirmación de la resolución recurrida.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo, pasando los autos a la Sala para resolver sobre la admisión de la prueba solicitada, denegándose su práctica por Auto de fecha 11 de febrero de 2019, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día 30 de mayo de 2019 pasando los autos a la Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la demandada, Nieves , se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 8 (Familia) de esta ciudad, con fecha 30 de octubre de 2018, la cual, estimando la demanda de modificación de medidas promovida contra la misma por el demandante, Joaquín , y con intervención del Ministerio Fiscal, modificó las medidas fijadas en la sentencia de divorcio 20 de enero de 2017, en el sentido de establecer un régimen de guarda compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la salida del colegio, respecto de la hija menor de ambos litigantes Montserrat , de forma que cada progenitor comenzará su semana yendo a buscar a la misma al colegio a esa hora, etc.; con fijación de un determinado régimen de vacaciones de verano durante el cual se suspende la guarda conjunta, consistente en períodos alternos, así como con fijación de periodos de disfrute en las vacaciones escolares de semana santa y navidad; con mantenimiento de las medidas restantes de la sentencia de divorcio en materia de comunicaciones telefónicas, y con determinación de que los gastos de la menor serán pagados por los progenitores según ostenten la guarda y los que se devenguen en periodos superiores o que sean atendibles de una sola vez, etc.. por mitad, al igual que los gastos extraordinarios.

Y, finalmente, con determinación de que en cuanto la madre no tenga trabajo, el padre abonará 120 euros de pensión de alimentos todos los meses y siguiendo atribuyendo el uso del domicilio y ajuar familiares a la madre-hija.

Todo ello sin expresa imposición de costas.

Y se interesa en esta alzada por la referida recurrente la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra por la que se declare no haber lugar a la modificación de medidas interesada en la demanda.

De otra parte, el dicho demandante, impugna la dicha sentencia, solicitando, asimismo, su revocación parcial, en el sentido de que se modifique en cuanto a los siguientes concretos pronunciamientos: 1º- se mantenga a la Sra. Nieves en el uso del domicilio que fue familiar o, en su caso, se atribuya, a favor de la menor -si se estima lo más beneficioso para la misma- debiendo en tal supuesto trasladarse ambos progenitores en los periodos de custodia que les corresponda; si bien, en cualquiera de ambos casos, la atribución de dicho uso será de forma provisional y limitado a un plazo máximo de dos años, periodo en el que se deberá proceder a la división de tal inmueble común; 2º- se establezca que el progenitor al que corresponda elegir el periodo vacacional de verano deberá hacerlo con, al menos, un preaviso de dos meses de antelación a su inicio; 3º- se establezca el 1 de agosto, a las 12,00 horas, como fecha y momento de finalización de la segunda quincena del mes de julio en las vacaciones de verano y de inicio de la primera de agosto.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Recurso de apelación de la Sra. Nieves .

Al pretenderse, en definitiva, en el presente escrito de recurso apelatorio, por la demandada Sra. Nieves la modificación, o mejor, la sustitución del sistema de custodia compartida de su hija menor, Montserrat , con respecto a su padre, el demandante Joaquín , establecido en la sentencia del Juzgado a quo, de fecha 30 de octubre de 2018, por un sistema de custodia monoparental en su favor, con un determinado régimen de visitas para éste último, etc., tal y como vino establecido en la sentencia de divorcio fechada el 20 de enero de 2017, a los efectos de la resolución de tal pretensión se hace imprescindible partir de una serie de premisas inexcusables.



La primera de ellas pasa por considerar que el art. 90, párrafo penúltimo, del CC y el art. 775. 1 de la LEC, sólo autorizan la modificación de las medidas judicialmente adoptadas en los procesos de separación o divorcio, o incluso las convenidas por los cónyuges, cuando, indubitadamente, por quien le corresponde la carga de hacerlo (parte actora, por aplicación de lo dispuesto en el art. 217. 2, de la LEC), se pruebe que se han alterado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas, o sea, que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción; modificación o alteración de las circunstancias que aparte de sustancial o muy importante, exige la jurisprudencia que no sea esporádica, coyuntural o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo y, además, que no haya sido *provocada o buscada voluntariamente o de propósito* por el solicitante, es decir que sea imprevista, o surja por acontecimientos externos al solicitante, ya que, si ha devenido por dolo o culpa del que insta la modificación, no puede producirse su cambio o modificación; sin perjuicio de incidir en que cualquier medida que afecte a un hijo menor de edad debe estar inspirada en el superior principio del "bonus filii" o "favor filii".

Y ello, dado que así lo consagra, en el marco de las normas fundamentales inspiradoras de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 39 de la Constitución, lo que, a nivel de legalidad ordinaria, es desarrollado por los arts. 2 y 11. 2, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, en cuanto proclaman el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, así como la supremacía del mismo en cuanto pauta de actuación de los poderes públicos, y con carácter más concreto los arts. 91 y 92 del CC que, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, establecen que las medidas judiciales serán adoptadas en beneficio de ellos...

La segunda, pasa por recordar que respecto al establecimiento del régimen de custodia compartida del art. 92 del CC, en la redacción dada al mismo en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, el la Sala 1ª del TS, entre otras cosas, tiene declarado (por ejemplo, en sentencia de 29 de abril de 2013) que la interpretación del art. 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.

Con el añadido de que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea...

Así las cosas, en aplicación de la precedente doctrina jurisprudencial, ha de anticipar la Sala que debe mantenerse la decisión del Juzgado a quo, que acordó el establecimiento de la guarda y custodia compartida solicitada por el demandante respecto de su citada hija habida con la demandada.

Y ello, porque, si para que alcance éxito la pretensión del demandante, éste habrá de acreditar una alteración involuntaria por su parte y sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta, -con acierto o desacierto eso dependerá de quien opine al respecto-, por el Juzgado de Instrucción nº 3 de esta ciudad al decretar el divorcio de los litigantes a la hora de determinar la procedencia del sistema de custodia compartida para la hija menor de aquellos, resulta que dicha variación o alteración puede darse por concurrente y que está presente, y que puede calificarse de sustancial, permanente, imprevista, etc.

Es decir, vaya por delante que, entiende la Sala, al igual que el juez a quo, que, efectivamente, sí que se ha producido una real y verdadera alteración de las circunstancias que sirvieron de base a las medidas acordadas en la sentencia de divorcio del Juzgado de Instrucción nº 3 de Salamanca, de fecha 20 de enero de 2017, entre cuyas medidas se encontraba la principal de la atribución a la ahora demandada, Sra. Nieves, de la guarda monoparental respecto de la hija menor de los litigantes, Montserrat.

Esta alteración de circunstancias pasa por considerar y tener en cuenta un hecho capital y fundamental, cual el de que, al momento de dictarse dicha sentencia, no era viable, ni factible legalmente, dar respuesta a la pretensión del demandante Sr. Joaquín, que no era otra que la del establecimiento, en sede judicial, del régimen judicial de custodia compartida en relación a dicha menor. Y, no lo era, porque, estando aquél investigado en aquellos momentos como presunto autor de un delito en el ámbito de la violencia de género frente a la primera, el art. 92.7 del CC obstaculizaba y vetaba, indefectiblemente, tal posibilidad de que en la sentencia de divorcio pudiera fijarse la custodia compartida que se dice, la que, en efecto, había sido solicitada en la demanda precedente de septiembre de 2016.



Y lo que ocurre es que, a la fecha de presentación de la demanda rectora de esta litis, a finales de mayo de 2018, (poco importa que lo sea ni siquiera transcurrido año y medio desde la fecha de aquella sentencia), el citado procedimiento penal ya había venido meses antes definitivamente archivado y sobreseído, por lo que tal óbice legal desapareció.

La desaparición de tal óbice es causa y motivo más que suficiente, sin duda, - en los términos requeridos por el art. 775 de la LEC y 90.3 del CC-, para interesar, de parte, la modificación del régimen de custodia monoparental vigente y su sustitución, de cumplirse los presupuestos exigibles para su establecimiento, por el tal régimen de custodia compartida; y todo ello dejando al margen y sin entrar en el debate de si existen o no concomitancias indeseables entre el susodicho proceso penal por violencia sobre la mujer y el proceso civil de divorcio incoado pocas fechas antes y seguido, inicialmente, ante el Juzgado de Familia de esta ciudad, y que el juzgador a quo resolvió en el sentido que consta en el fundamento de derecho segundo de la sentencia que analizamos; con apoyo de profusa cita jurisprudencial que reproduce en fundamentos jurídicos ulteriores.

Sentido y línea plenamente asumible por este Tribunal de alzada.

En este sentido, la afirmación del juzgador a quo, referida a que en la demanda de divorcio el Sr. Joaquín pedía la guarda compartida y la misma en ningún modo pudo concedérsele, con lo que el acuerdo al que llegó con su ex esposa (relativo a la guarda y custodia materna, régimen de visitas para el progenitor no custodio, fijación de pensión de alimentos a cargo de este último, uso y disfrute de la vivienda para la menor y la progenitora, etc.), debe verse, de forma necesaria, desde esta óptica y que ello debe ser así porque no era posible otro acuerdo, etc., debe ser hecha propia por este Tribunal, por estar llena de lógica y sentido común, sin que pueda venir desvirtuada por los profusos alegatos de la recurrente, en su escrito de recurso, que carecen, a estos efectos, de eficacia enervatoria alguna.

Insistir, como se insiste en el recurso que estudiamos, en la infracción de los arts. 90 y 91 del CC, en la aplicación indebida del art. 114 de la LECrim, del art 1265 CC, y/o en la inaplicación del tenor de los arts. 40.2, 1º y 2º de la LEC, art. 10. 2 de la LOPJ y art. 1255 CC, en error de hecho en la apreciación de la prueba, etc., es entendible desde la óptica del ejercicio del derecho de defensa, mas deviene en una reiteración que merece plena desestimación.

El impacto del archivo de la causa penal, a que aludimos, en diciembre de 2017, es rotundo, e implica un cambio "brutal" (permítase el calificativo) a la hora de ponderar una mutación de circunstancias justificativa del cambio en el régimen de custodia, se repite, siempre que el de guarda conjunta viniera satisfecho en sus exigencias legales y jurisprudenciales.

Claro es que la pendencia del procedimiento penal determinaba, inexorablemente, que el único sistema de custodia que en el proceso de divorcio era posible adoptar, no era otro que el fijado finalmente, y de ello eran conscientes ambos litigantes, de modo y manera que al demandante Joaquín no le quedaba otra opción o alternativa que la de asumir tal realidad, olvidarse, por el momento, de su pretensión de custodia conjunta, y tratar de conseguir, -vía acuerdo o pacto-, un estado de cosas mejorado en cuanto al régimen de visitas con su hija y en cuanto a otros aspectos de carácter más económico, etc.

Afirmar que, para salvar tal escollo, pudo el Sr. Joaquín pedir la suspensión del proceso civil de divorcio por prejudicialidad penal, con mantenimiento de las medidas establecidas en el Auto de 28-11-2016, no pasa de constituir un ejercicio artificioso que se aparta de la realidad incontestable de los hechos; suspensión que conllevaría, de haberse aceptado por el Juzgado a quo, entre otras consecuencias, una provisionalidad sine die contraria a la protección de los intereses de la menor.

Además, puntualizar que el sistema de guarda y custodia en favor de la madre devino por lo convenido y acordado voluntariamente por ambos progenitores, -por mucho que se presente la existencia de un Acuerdo homologado judicialmente en el seno del citado proceso civil-, tampoco deviene aceptable, por una simple razón ya anticipada: no había opción, no otro sistema de custodia distinto al fijado, cabía pactar entre aquellos, ni libre, ni voluntaria, ni conscientemente.

La imposición de la guarda en favor de la madre era legalmente obligada y en nada podían afectar, ni surtir efecto alguno para contrarrestar dicha imposición, los actos que la recurrente califica de anteriores y posteriores y como demostrativos de la supuesta voluntad del padre de consentir la atribución de la guarda y custodia de su hija, en exclusiva, a su ex esposa.

En ese contexto, indiscutible, de imposición obligada, -sí o sí-, de la custodia materna, hablar de un acuerdo libre con valor de negocio jurídico de familia, y de que la modificación de medidas instada en este proceso por el demandante, trata de eludir dicho Acuerdo o pacto, ha de calificarse de argumento insostenible, por apoyarse o sustentarse en una realidad meramente "formal", pero no material o sustancial.



Tratar de obviar u olvidar que el acuerdo al que llegó el Sr. Joaquín con la Sra. Nieves , en lo tocante a la atribución y custodia de la hija común, lo fue en un marco en el que pendía la "espada de Damocles" del resultado incierto, entonces, de la causa penal abierta contra el primero, por la denuncia de la segunda, no es de recibo, porque, supone alejarse, inmotivadamente, de una valoración de la prueba regida por la racionalidad, la lógica y las máximas de experiencia.

TERCERO.- Como se adelantó, en ningún error de hecho en la apreciación de la prueba o jurídico se incurre en la sentencia de instancia, al acceder a la modificación pretendida en la demanda, pues, sin duda, las circunstancias de los progenitores tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio, no podían ser, ni son, las mismas a tener en cuenta en el ulterior proceso de revisión de aquella sentencia.

Si, como antes se ha expuesto, el único sistema o régimen que podía caber a la hora de la sentencia de divorcio era el que fue, ningún sentido o necesidad se tenía en aquella sentencia de analizar si los horarios laborales del demandante (por razón de sus actividades profesionales como médico fisioterapeuta, como Profesor Asociado, etc.), eran conciliables o facilitaban o no la custodia conjunta; o si aquel contaba o no con la colaboración de los abuelos paternos; o si la actividad de la demandada Nieves permitía una dedicación y atención mayor a su hija, o si las necesidades de esta última eran unas u otras, et., etc., porque todo ello, resultaba inocuo o indiferente.

Lo resultaba, en tanto que se diera la valoración probatoria que se diera a tales aspectos o extremos, a la postre, el resultado final se mantendría inalterable: por mucho, por ejemplo, que se admitiera que los horarios laborales del demandante eran compatibles con la custodia compartida solicitada de su parte, por mucho que se dijera que la colaboración de los abuelos paternos reforzaba su petición, etc., por mucho que se declarara la aptitud del padre para compartir la custodia, etc., en todo caso, tales esfuerzos eran ilusorios.

Es por ello que, todos y cada uno de los alegatos de este recurso, relativos a las dificultades de orden laboral del padre para conciliar su trabajo con la custodia conjunta, al presunto abuso emocional, al hecho de supuestas o reales tensas relaciones y conflictos entre los ex esposos, que dificultarían dicha custodia conjunta, y que ya fueron abordados, detalladamente, en la sentencia impugnada (en sus fundamentos cuarto y quinto), han de venir rechazados, al ofrecerse, de modo meticuloso, en dichos fundamentos una respuesta que satisface los cánones de la motivación, por lo que pueden, y deben, ser respetados y confirmados por este Tribunal de alzada.

Y, al igual, esos cánones de motivación se satisfacen debidamente, en lo que toca a la queja infundada, referida a que en la sentencia de instancia no se atiende al interés de la menor (venga o no influenciada ésta por la madre para apreciar negatividad en la figura paterna).

Al establecer el modelo de custodia compartida, el juez a quo atiende, fundamentalmente, a ese interés, con congruencia y sometimiento a las normas aplicables sobre determinación del tal interés y a los criterios al respecto sentados por la Sala 1ª del TS, (se hacen propias todas las resoluciones de dicho Alto Tribunal que reseñan las partes), sin que, en nuestro caso, haya porqué razonar y motivar cambios en las necesidades de la menor implicada, desde el momento en que dichas necesidades no tuvieron, verdaderamente, que ser examinadas en el proceso de divorcio. Y, en definitiva, no fueron examinadas, como tampoco hubo necesidad de examinar la mayor o menor aptitud e implicación del padre con su hija, su vinculación con ella más o menos positiva, etc.

En todo caso, son aspectos que quedaron de alguna manera ya concretados de modo positivo, desde el momento en que la recurrente aceptó un amplio régimen de visitas de su hija en favor de su ex esposo.

En último término, esas necesidades (de desarrollo, educativas, etc.), son diseccionadas minuciosamente en este proceso, mediante la pericia del equipo psicotécnico, la cual destaca, de modo claro, las ventajas, inconvenientes y consecuencias que para la menor Montserrat implica el cambio de custodia, inclinándose por dicho sistema, ajustándose los informes y consideraciones de dicha pericia, también, a los parámetros de la sana crítica, ex art. 348 de la LEC, y manteniéndose en una línea discursiva razonable y racional que, ciertamente, es la acogida íntegramente en la sentencia impugnada.

Y, la aparente contradicción que se quiere destacar con respecto a las conclusiones a las que el mismo Equipo llegó en su anterior informe de 25-11-2016 (el materializado en el procedimiento precedente, cuyos resultados ahora se modifican o varían), no deja de ser eso: "aparente", en tanto que ambos dictámenes no se sustentan en datos y extremos fácticos exactamente coincidentes.

No coincidentes, porque, con independencia de que el primero de los informes pudo destacar el rol de la madre como cuidadora principal de su hija, el apego de esta con aquella, o los problemas de horario laboral del padre, a su vez, no olvidan la realidad de la conveniencia actual del sistema de guarda conjunta, atendiendo al prevalente interés de la menor, que es el supremo a proteger en este caso.



De otra parte, se conviene en que, en la sentencia de instancia, se razona, sobradamente y de modo extenso, el por qué lo señalado por el informe del Equipo psicotécnico adscrito a los Juzgados, que es una prueba pericial de libre valoración judicial, no se ve mediatizado, ni neutralizado, por las conclusiones de las pericias que aporta la ahora recurrente y el recurrido (de la Psicóloga Sra. Virginia , y del Psicólogo Sr. Inocencio), las que, de principio, no merecen la misma fiabilidad que las del equipo de funcionarios que la suscriben,- por desigualdad evidenciable en su objetividad, por una imparcialidad más intensa-, y, de final, tampoco convencen ante las carencias que presentan en múltiples aspectos, como es el análisis conjunto y no desgajado de todos los intervinientes en este estado de cosas (la menor y sus referidos padres).

Por tanto, la prevalencia a otorgar al informe del Equipo psicosocial, frente a los informes de peritos de parte, no dimana aquí simplemente, de la presunción de una mayor imparcialidad, sino de que presenta un análisis de las cuestiones controvertidas más acabado, más profundo y detallado, -también en lo que pudiera haber de síndrome de alienación parental, y de supuesto (que no probado debidamente), rechazo de la niña a estar o relacionarse su padre-, que no viene contrarrestado no ya sólo con tales periciales, sino tampoco con la documental que se refiere en el escrito de recurso.

Consiguientemente, la valoración de las pruebas periciales realizada en la instancia, lo ha sido con respeto al citado art. 348 de la LEC, o sea a las reglas de la sana crítica y, asimismo, con respeto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al motivar el razonamiento seguido para no aceptar o discrepar de las conclusiones a las que ha llegado un determinado perito o peritos o exponer los argumentos que utiliza para dar más credibilidad a un dictamen que a otro (en este caso el del Equipo Psicosocial).

Es de recordar que para impedir cualquier posible arbitrariedad judicial, la jurisprudencia exige al juez que debe motivar su decisión cuando resulte contraria al dictamen pericial unánime, cuando se decida por una de las alternativas de las varias que haya, sobre todo si es la minoritaria, y cuando se decida por uno de los dictámenes contradictorios, rechazando los demás (SSTS de 8 de febrero de 1989 y 17 de junio de 1996), u que, en estas condiciones, salvo que la apreciación del dictamen sea ilógica o manifiestamente equivocada (STS de 10 de febrero de 1988), incoherente (SSTS de 28 de abril de 1993, 10 de noviembre de 1994 y 13 de julio de 1995), contraria al raciocinio humano (SSTS de 28 de enero y 20 de junio de 1989, 9 de abril de 1990 y 7 de enero de 1991), o a la más elemental lógica (SSTS de 16 de marzo, 18 de mayo, 28 de junio 15 y 30 de julio de 1999), irracional (SSTS de 26 de febrero, 6 de marzo y 25 de junio de 1999), arbitraria o absurda (SSTS de 28 de junio de 1998, 30 de mayo y 28 de junio de 1999), el juez es libre para valorar el contenido del dictamen pericial (SSTS de 9 de marzo de 1981, 21 de abril de 1982 y 7 de junio de 1995, entre otras muchas).

Finalmente, sobre la insistencia en el factor o elemento de que estando ante una relación conflictiva entre los progenitores, ello impediría la custodia compartida (conflictividad que, de haberla habido en su día, al momento de dictar su sentencia el juzgador a quo no la estima como tal), el rechazo es, asimismo, obligado.

Sobre este punto, es de traer a colación que ya en la STS de 7 de junio de 2013 se afirmó que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, convirtiéndose sólo en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, y que en la más cercana STS de 30 de octubre de 2014, se afirmaba que *"esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"...*; siendo así que en este supuesto el mutuo respeto entre los padres sí que viene mantenido.

Con arreglo a estos pronunciamientos, si la conflictividad en el ámbito de lo judicial ha de entenderse como casi finalizada, si la comunicación entre ambos ex esposos se mantiene en lo esencial, esto es, en todo lo que afecta a su hija común; de otra manera: son capaces de llegar a un entendimiento en las cuestiones básicas y relevantes que afectan a su hija, no debe importar tanto si esa comunicación se desarrolla por escrito solamente, ya que, en última instancia, sobre todas esas cuestiones, el diálogo entre ellos siempre permanece abierto, de manera que el alegato de la recurrente en este punto carece de consistencia.

Sin necesidad de más consideraciones, ha de concluirse que todas y cada una de las pretensiones sostenidas en este recurso, quedan desestimadas, máxime si ponderamos el acuerdo privado que los litigantes han suscrito y firmado el pasado 17 de diciembre de 2019, sobre el modo de ejecución provisional de la sentencia impugnada.

CUARTO.- Recurso del Sr. Joaquín .

El primero de los motivos de queja de este apelante viene referido al pronunciamiento que en la sentencia de instancia se verifica en lo que toca al uso y disfrute de la vivienda familiar en favor de la contraparte, - con



carácter ilimitado en el tiempo-, postulándose, -de nuevo y tal y como se mantuvo, explícitamente, en el escrito de demanda-, que, conforme al art. 96 del CC, dicho uso se limite a un plazo máximo de dos años, en tanto, en dicho plazo, debería procederse a la división de dicho inmueble, en trámite de liquidación de la sociedad de gananciales, etc.

Se argumenta, en resumen, con reenvío a diversas resoluciones (algunas de este mismo Tribunal, que se transcriben de modo amplio), en primer lugar, que se equivoca el juzgador a quo en este apartado al considerar que sobre el mismo no ha existido controversia entre las partes, siendo así que sí que la habido, por lo que, dado el cambio que en relación al uso de la vivienda familiar supone la adopción del régimen de custodia compartida, dado el tiempo que la Sra. Nieves lleva ya disfrutando, en exclusiva, de la tal vivienda familiar junto a la menor, dada la situación económica y laboral de que goza últimamente ésta última (en razón de su titulación, su reincorporación al mercado laboral en los últimos tiempos como Profesora interina de enseñanza secundaria, los rendimientos que percibe de una empresa familiar, etc.), con aumento de sus ingresos, etc., constatado en la misma sentencia recurrida, el mantenimiento petrificado y sine die de la dicha atribución de uso se presenta, a todas luces, injustificada, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales más comunes, y con evidente perjuicio a sus intereses...

Pues bien, debemos partir de la premisa indudable de que sí que le es posible a la parte apelante denunciar incongruencia omisiva de la resolución recurrida, sin que, previamente, haya pedido en la instancia el complemento de la misma, aparte de que, en este caso, por el recurrente no se interesa o denuncia ninguna clase de incongruencia omisiva, pues, el juzgador no omite pronunciarse sobre alguno de los pedimentos que se le han formulado por las partes, lo que ocurre es que el pedimento de la parte demandante de limitación temporal en el uso de la vivienda familiar, lo desatiende, explícita e implícitamente, al no establecer dicha limitación en ningún sentido.

Y, la procedencia, conforme a la jurisprudencia más reciente del TS en orden a la determinación de un límite temporal a dicho uso y disfrute en los casos de custodia compartida es suficientemente conocida, y siendo de aplicación a nuestro caso, la ponderación calibrada de los intereses en juego, de la situación económica de demandante y demandada, (que no es ciertamente igual), etc., lleva a considerar que debe estimarse en parte este motivo del recurso, en el sentido de señalar que es sí admisible la fijación de la atribución de la vivienda familiar a la Sra. Nieves con un límite temporal, como propugna el recurrente, pero con el matiz de que el plazo máximo de uso no debe situarse en el pedido de dos años, sino ampliarse al de cuatro años, periodo más extenso que facilitará mejor la división de tal inmueble común.

Esto es, en el reexamen de la prueba que lleva a cabo la Sala, deduce que la situación económica entre los litigantes sí que muestra una determinada desproporción para la ex esposa, justificadora del complemento de la medida impugnada de atribución a aquélla del uso de la vivienda conyugal, amen que la misma no sólo debe responder a dicho factor puramente económico, sino satisfacer otro interés más prevalente, cual es el de dicho hija menor, de mantener como domicilio y hogar aquel por un determinado tiempo, en el que ha crecido y ha venido desarrollando hasta ahora su vida y actividades de todo tipo, siendo evidentes los inconvenientes e imposibilidad práctica de que ello se satisfaga en una custodia compartida semanal, que obligaría al trasiego de la salida y entrada en el mismo de cada progenitor, apenas cada siete días...

Quiere decirse que la desproporción entre los ingresos y capacidad de ambos cónyuges, como base justificadora de la imposición de pago de alimentos al recurrente y de la atribución temporal de dicho uso a la recurrida, a pesar del establecimiento del régimen de custodia compartida puede darse, hoy por hoy, por suficientemente acreditada y probada.

Por último, se entra a conocer del postrer motivo del recurso, que va referido a que no existiendo discordancia entre las partes en lo referido a que sobre la elección del disfrute del periodo de vacaciones de verano, dicha elección se exprese por cada progenitor con dos meses de antelación al inicio del mismo, ni tampoco en lo que se refiere a la determinación del día 1 de agosto como fecha de terminación de la segunda quincena de las vacaciones del mes de julio e inicio de la primera quincena del mes de agosto, sin embargo, la sentencia recurrida se aparta de la conformidad mutua de las partes, declarando, de una parte, que el progenitor a quien corresponda en cada momento elegir el periodo vacacional de verano, caso de desacuerdo, deberá comunicarlo al otro por escrito con un mes de antelación y, de otra, que en los periodos de vacaciones, el cambio de quincena queda previsto para el 31 de julio, etc.

Así las cosas, la modificación de la sentencia en ambos puntos, aun cuando los mismos pudieran haberse aclarado por la vía de la aclaración, subsanación o complemento de sentencias, ex arts. 214 y 215 de la LEC, es de aceptar, ya que, tanto el hecho de que la comunicación de la elección del periodo vacacional de verano lo sea con una antelación mínima de dos meses a su inicio, como el de que para evitar desequilibrio en el disfrute de tales periodos vacacionales se señale el 1 de agosto, etc., constituyen una realidad sobre la que las partes



mostraron confluencia y acuerdo, tal y como destaca el Ministerio Fiscal al informar sobre estos temas, lo que basta para fundamentar dicha modificación.

QUINTO.- Costas.

En consecuencia de cuanto ha venido expuesto hasta el momento, de un lado, ha de ser estimado en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante, Joaquín , y modificada la sentencia impugnada en el sentido que se ha venido declarando y quedará recogido más adelante y, de otro, desestimado totalmente el recurso de la demandada Nieves , sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas correspondientes a esta segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 398. 2, en relación con el artículo 394. 1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la naturaleza de los derechos en conflicto; y con devolución al recurrente Joaquín del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero con pérdida de dicho depósito para la recurrente Nieves .

En consideración a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

FALLAMOS

Primero. - Estimando, parcialmente, el recurso de apelación interpuesto por el demandante, **Joaquín** , representado por la Procuradora Doña Purificación Peix García, frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 8 de esta ciudad, con fecha 30 de octubre de 2018, en el procedimiento de Modificación de Medidas nº 738/2018 del que dimana el presente rollo, revocamos en parte dicha sentencia en los pronunciamientos y particulares concretos que se expresan a continuación y que se añaden o sustituyen a los correlativos contenidos en la misma: se atribuye a la madre, la demandada, Sra. Nieves , el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en DIRECCION000 (Salamanca), en AVENIDA000 nº NUM000 , de manera provisional y limitado a un plazo máximo de cuatro años, periodo en el que se deberá proceder a la división de tal inmueble común; el progenitor al que corresponda elegir el periodo vacacional de verano deberá hacerlo con, al menos, un preaviso de dos meses de antelación a su inicio; se establece el 1 de agosto, a las 12,00 horas, como fecha y momento de finalización de la segunda quincena del mes de julio en las vacaciones de verano y de inicio de la primera de agosto.

Segundo.- Se desestima, íntegramente, el recurso de apelación interpuesto por la demandada, **Nieves** , representada por la Procuradora Doña María Ángeles Carnero Gándara.

Y todo ello, sin hacer especial imposición respecto de las costas causadas en esta segunda instancia por ambos recursos, pero con devolución al recurrente Sr. Joaquín del depósito constituido por su parte, y pérdida del depósito constituido por la recurrente Sra. Nieves .

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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

Dª María del Carmen Borjabad García, "votó en Sala y no pudo firmar"; y conforme establece el art. 261 LOPJ salva la firma el que preside D. JUAN JACINTO GARCIA PEREZ.